مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة الثانية عشرة (١٩٦٢ - ١٩٦٣)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٤

لجنة التحرير

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الثانية عشرة (١٩٦٢ - ١٩٦٣)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٦٤

فهـــرس

صفحة

تصرف الشريك

فى جزء مفرز من الشىء الشائع

للدكتور حسن كيره
أستاذ القانون المدنى المساعد – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

١ – عرض المشكلة ، وتقسيم البحث :

لعل من أهم المشاكل التى تثور فى نطاق الملكية الشائعة مشكلة انفراد أحد الشركاء بالتصرف فى جزء مفرز محدد من الشىء الشائع . وقد يظن لأول وهلة أن هذه المشكلة محض مشكلة نظرية ليس لها حظ من التطبيق العملى ، ولكن ما شهدته ساحات المحاكم فى شأنها من أقضية يكذب هذا الظن . فاذا كان قد يبدو غريباً أن يقبل شخص التصرف اليه من شريك بمفرده فى جزء مفرز من الشىء الشائع ، الا أن من الظروف ما قد يبرر هذا القبول . فقد يجهل المتصرف اليه أن المتصرف انما يملك على الشيوع . أو قد لا يجهل ذلك ، ولكنه يرتضى التصرف أملا فى وقوع الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف بالقسمة ، وخاصة اذا كان الشىء الشائع محل قسمة مهايأة مكانية بين الشركاء المشتاعين وانصب التصرف على الجزء المفرز المقسوم مهايأة للشريك المتصرف ، وكانت قسمة المهايأة قد طالت بحيث أوشكت أن تنقلب الى قسمة نهائية بتمام خمس عشرة سنة عن قريب . بل إن فى وجود قسمة المهايأة المكانية ما قد يكون مشجعاً فى ذاته على تيسير التصرف فى الجزء المفرز المقسوم مهايأة للشريك ، اذ كثيراً ما يقنع المتصرف اليه بقدرة الشريك المتصرف على تمكينه فعلا من وضع اليد والتمتع بالجزء المفرز المتصرف فيه .

ورغم أن التقنين المدنى الحالى قد أفرد نصاً خاصاً لعلاج هذه المشكلة خرج فيه على الاتجاه الذى كان سائداً فى ظل التقنين المدنى القديم ، الا أن هذا النص فتح أبواباً واسعة للخلاف حول حكم هذا التصرف وخاصة أثناء قيام

الشيوع وقبل إجراء القسمة . من أجل ذلك ، لم يكن غريباً أن يتردد صدى هذا الخلاف عند اعادة النظر فى هذه المشكلة وفى حلها فى اللجنة الحالية المشكلة لتعديل القانون المدنى الحالى . ولعل اعادة طرح هذه المشكلة على بساط البحث من جديد أمام هذه اللجنة هو الذى وجه الى كتابة هذا البحث لمحاولة تقصى مختلف أوجه هذه المشكلة بشىء من البسط والافاضة دون اكتفاء بما سبق أن أوجزته من قبل فى هذا الشأن (١) .

ويقتضى بحث هذه المشكلة التمييز بين حكم التصرف فى الجزء المفرز قبل القسمة وبين مصيره بعد اجرائها ، فنعرض فيما يلى لكل من هذين الوجهين على التوالى .

(١) أنظر كتابنا : الحقوق العينية الأصليه ، ج ١ ، حق الملكية، الطبعة الأولى، ١٩٥٨ ، فقرة ١٢٢ ص ٣٣١ — ٣٤٢ .

المبحث الأول

حكم التصرف قبل القسمة

رغم أن عنايتنا الأساسية تنصرف فى هذا المبحث الى بيان حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع فى ظل التقنين المدنى الحالى ، الا أنه ينبغى التمهيد لذلك – فى ايجاز – ببيان هذا الحكم فى القانون الفرنسى وفى ظل تقنيننا المدنى القديم المتأثر به .

٢ – حكم التصرف فى القانون الفرنسى :

لا يوجد نص خاص فى التقنين المدنى الفرنسى بشأن تصرف الشريك تصرفاً انفرادياً فى جزء مفرز من الشيء الشائع . وقد ذهب رأى(١) الى اعتبار هذا التصرف صحيحاً ولكن بوصفه تصرفاً معلقاً على شرط واقف هو وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة فى نصيب الشريك المتصرف ، ولذلك لا يكون للمتصرف اليه قبل وقوع القسمة المطالبة بابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك .

ولكن الانتقاد وجه الى هذا الرأى ، على أساس أنه يخلط بين الأثر الرجعى للشرط والأثر الرجعى للقسمة ، ويعطى للأثر الأخير صفة مطلقة ليست له . ولذلك يستقر جمهور الفقه والقضاء الفرنسى اليوم على أن تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع تصرف فى ملك الغير فى شأن مايوازى حصص باقى الشركاء غير الشريك المتصرف فى الجزء المتصرف فيه (٢) .

---

(١) Wahl, note. S. 1895. 4. 25.

(٢) Aubry et Rau, Droit civil français, t. V, 6e éd. par Esmein, No. 351, p.43.— Planiolet Ripert, Traité partique de droit civil français, t. X, par Hamel, No. 51, pp. 47, 48. — Beudant, Cours de droit civil français, t. XI, 2e éd., par Brethe de la Gressaye, Nos 109, 110, pp. 76-79. — Encyclopédie Dalloz, t. V, Vente, No 373, p. 618.

واذا كان التصرف فى الجزء المفرز يأخذ حكم التصرف فى ملك الغير فى هذه الحدود ، فمقتضى ذلك اعتباره قابلا للابطال . وقد كانت بعض المحاكم الفرنسية تذهب أول الأمر الى اعطاء باقى الشركاء حق المطالبة بابطال التصرف الذى أبرمه شريكهم . ولكن من الواضح أن هؤلاء الشركاء ليسوا أطرافاً فى التصرف حتى يحق لهم المطالبة بابطاله ، وانما هذا التصرف غير نافذ أصلا فى حقهم . فضلا عن أن أحكام التصرف فى ملك الغير التى يرد اليها هذا الابطال ، تقصر طلب الابطال على المتصرف اليه وحده . ولذلك أصبح هذا الرأى مهجوراً اليوم ، وبات مستقراً عدم أحقية باقى الشركاء فى المطالبة بابطال التصرف (١) .

واذا كانت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية توحى باعطائهم هذا الحق ، فيبدو أن المقصود بذلك هو مجرد تأكيد حقهم فى طلب الاستحقاق (٢) . وحقهم فى الاستحقاق غير منكور ، باعتبار أن فى اقدام الشريك على التصرف فى جزء مفرز من الشىء الشائع تصرفاً انفرادياً دون موافقتهم اعتداء على مالهم من حقوق مماثلة لحقه على الشىء الشائع . ولذلك فاذا لم يكن لباقى الشركاء حق المطالبة بابطال التصرف ، فلهم فى الأقل المطالبة بالاستحقاق فى الجزء المفرز المتصرف فيه (٣) مطالبة فورية دون انتظار لنتيجة القسمة (٤) .

هذا فيما يتعلق بموقف الشركاء من التصرف . أما فى شأن العلاقة بين المتصرف اليه والشريك المتصرف ، فمقتضى اعتبار التصرف فى الجزء

---

(١) Aubry et Rau, note 57, p. 43.—Beudant et De La Gressaye, N°. 110, pp. 80, 81. — Planiol, Ripert et Hamel, t.X, N°. 51, p. 50 — Encyclopédie Dalloz, t.V, Vente, N°. 374, p. 618.

ولكن قارن :

Ionasco, La copropriété d'un bien, thèse Paris, 1930, N°. 56, pp. 108, 109.

(٢) Beudant et De La Gressaye, N° 110, p. 81.

(٣) Beudant et De La Gressaye, N°. 110, p. 80.

(٤) Planiolet Ripert, op., t. 111, Les biens, par Picard, 2° éd. N° 289, pp. 283, 284.

المفرز تصرفاً فى ملك الغير فى القدر الموازى لحصص باقى الشركاء ، وقابلية التصرف للابطال بناء على ذلك ، ثبوت حق طلب ابطاله للمتصرف اليه وحده دون المتصرف . وهو يثبت له دون انتظار لنتيجة القسمة (١) ، وسواء كان عالماً بأن المتصرف شريك على الشيوع أو غير عالم . فيكون له فى الأصل اذن طلب الابطال ، ولكن فى شأن ما يوازى حصص باقى الشركاء فحسب ، باعتبار أن التصرف فى هذه الحصص هو وحده المعتبر تصرفاً فى ملك الغير ، أما فيما يوازى حصة الشريك المتصرف فيكون التصرف صحيحاً صادراً من مالك لا يتأتى ابطاله على أساس التصرف فى ملك الغير .

ورغم أن هذا الأصل هو مقتضى التطبيق الدقيق لأحكام التصرف فى ملك الغير ، فان الاتجاه السائد فى الفقه والقضاء الفرنسي لا يعمله الا حيث يكون المتصرف اليه عالماً بحقيقة الوضع من كون المتصرف مجرد شريك على الشيوع . أما اذا كان المتصرف اليه جاهلا حقيقة هذا الوضع ، فيكون له – خروجاً على الأصل – الحق فى المطالبة بابطال التصرف فى كل الجزء المفرز المتصرف فيه وليس فحسب فيما يوازى منه حصص باقى الشركاء ، اذا أثبت أنه لم يكن ليقبل التصرف على ما يوازى حصة المتصرف وحدها (٢).

٣ – حكم التصرف فى ظل التقنين المدنى القديم :

أختلف الرأى فى ظل التقنين المدنى المصرى القديم اختلافاً كبيراً حول حكم تصرف الشريك المشتاع تصرفاً انفرادياً فى جزء مفرز من الشيء الشائع .

(١) Planiol, Ripert et Hamel, t. X, N°. 51, p. 48.—Beudant et De La Gressaye, t. XI, N°. 110, p. 78.

(٢) Aubry et Rau, No. 351, p. 43.— Planiel, Ripert et Hamel, No. 51, pp. 48,49.— Beudant et De la Gressaye, t. XI, No. 111, pp. 82, 83.—Encyclopédie Dalloz, t. V. Vente, No. 375, p. 618.

ويختلف تعليل هذا الحكم . فيرده البعض الى فكرة الغلط ، باعتبار أن المتصرف اليه يكون حينئذ واقعا فى غلط جوهرى لولاه لما اندفع الى التعاقد (Ionasco, thèse précitée, No. 56, p. 106.)

ويرده بعض آخر الى فكرة الضمان فى حالة الاستحقاق الجزئى (بلانيول وريبير وهامل ، بيدان ولوجريساى ، المواضع السابقة) .

ورغم أن كثيراً من الآراء المختلفة فى القانون الفرنسى قد وجدت لها صدى لدى بعض الفقهاء والمحاكم فى مصر ، الا أن الرأى الراجح فى ظل التقنين المصرى القديم كان غير الرأى السائد فى القانون الفرنسى .

وقد ذهب رأى الى أن للمتصرف اليه حق طلب فسخ التصرف دون انتظار لنتيجة القسمة (١) . ويبدو أن هذا الرأى قد تأثر أساساً ببعض القضايا التى طالب فيها المشترى بالفسخ على أساس عجز الشريك البائع عن تسليم الجزء المفرز المبيع (٢) . ولكن هذا الرأى لا يتعرض فى الواقع للحكم على التصرف فى ذاته ، وانما يتعرض له من حيث مدى امكان تنفيذه .

وذهب رأى آخر — مشايعاً الرأى السائد فى القانون الفرنسى — الى اعتبار تصرف الشريك تصرفاً فى ملك الغير ، واعطاء المتصرف اليه بالتالى الحق فى طلب ابطال التصرف دون انتظار حصول القسمة (٣) . ورغم أن قصر

---

(١) عبد السلام ذهنى ، الأموال ، ١٩٢٦ ، فقرة ١٩٦ ، ص ٢٨٢ .

(٢) بنى سويف الابتدائية ١١ يناير ١٩٢٣ ، المحاماة ، س ٤ ، رقم ١٨٨ ، ص ٢٥٨ فى قضية باع فيها الشريك عيناً مفروزة ، وطالبه المشترى بتسليم هذه العين فعجز ، فرفع عليه دعوى الفسخ ودفع البائع الدعوى بالايقاف حتى تقسم الأطيان لعل ماباعه يقع فى نصيبه بالقسمة ، فحكمت المحكمة بوجوب الفسخ . (ومذكور تحت هذا الحكم أن محكمة الاستئناف قد أيدته ، ولكن دون ذكر تاريخ حكم الاستئناف) .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يناير ١٩١٥ بلتان ، س١٧ ، ص ٧٣ — استئناف مصر : ١٨ فبراير ١٩٣٢ ، المجموعة الرسمية ، س٣٣ ، رقم ١٦٧ ؛ ٢٩ ديسمبر ١٩٣٦ ، المحاماه ، س ١٨ ، رقم ٢٤٠ ، ص٤٥٦ . ويقرر هذا الحكم الأخير أن :

«بيع الشريك جزءاً مفرزاً من مال مشاع باطل ، لأن ذلك أقرب الى روح القانون تطبيقاً لما ورد فى المادة ٢٧١ (قديم) التى تقول بأن تسليم المبيع هو وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يمكن وضع يده عليه أو الانتفاع به بدون مانع ولما يرتجيه المشترى من الانتفاع بما اشتراه . أما القول بتعليق هذا الانتفاع على نتيجة القسمة فيصح البيع ان وقعت الحصة المبيعة فى نصيب البائع ويتم له وضع اليد والا فلا ، فقول لا يرتكز على أساس صحيح ، خصوصاً اذا لوحظ ما تتطلبه دعوى القسمة من الوقت اذا طال أمد التقاضى وفى الأثناء يكون ثمن المبيع مدفوعاً من المشترى بينما هو محروم من الانتفاع بالمبيع » .

وأنظر كذلك : أحمد نجيب الهلالى ، شرح القانون المدنى فى العقود ، ج ١ ، فى البيع والحوالة والمقايضة ، ١٩٢٥ ، فقرة ٣٧٥ ، هامش ص ٢٢١ .

حق طلب الابطال على المتصرف اليه هو مقتضى التطبيق السليم لأحكام بيع ملك الغير ، الا أن بعض المحاكم من أنصار هذا الرأى أثبتت كذلك للشركاء أنفسهم الحق فى طلب ابطال التصرف (١) ، رغم ما فى ذلك من مخالفة للأصول القانونية السليمة. اذ الشركاء ليسوا أطرافاً فى التصرف حتى يحق لهم طلب ابطاله . وتطرفت بعض المحاكم من أنصار هذا الرأى ، فذهبت الى اعتبار تصرف الشريك باطلا بطلاناً مطلقاً على أساس ما تراه أصلا من بطلان التصرف فى ملك الغير بطلاناً مطلقاً (٢) ؛ وواضح ما فى ذلك من مغالاة ومخالفة للأحكام المسلمة فى بيع ملك الغير أو التصرف فيه .

ولكن الرأى الراجح كان مستقراً على اعتبار تصرف الشريك فى جزء مفرز تصرفاً موقوفاً على نتيجة القسمة . بحيث يستقر نهائياً اذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، أما اذا أوقعته فى نصيب شريك آخر غيره فيتأكد حينئذ صدور التصرف من غير مالك ويكون للمتصرف اليه طلب ابطاله . أما قبل القسمة وهو ما يعنينا الآن — ومصير

(١) بور سعيد الجزئية أول اكتوبر ١٩١٦ ، المجموعة الرسمية، س١٨ ، رقم ١٢ ص٢٠ . — منفلوط الجزئية ٢٨ أكتوبر ١٩٢٩ ، المحاماة س١١ ، رقم ١٠٨ ، ص١٧٩ . ويقرر الحكم الأخير أنه «يكون لباقى الشركاء أن يطلبوا فوراً وبدون انتظار لأى قسمة الغاء البيع الصادر من الشريك» .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٣١ ، جازيت ، ٢٢ ، رقم ٩١ ، ص٩١ .

بل وذهب هذا الحكم الى أن البطلان يلحق التصرف فى كل الجزء المفرز المتصرف فيه وليس فحسب فيما يوازى حصص باقى الشركاء، باعتبار أن فى التصرف فى جزء مفرز أصلا تغييراً تحكمياً فى الشيء الشائع لا يملكه الشريك المتصرف بانفراده . وذهب كذلك الى أبعد من هذا على ما سنشير اليه من بعد ، فاعتبر أن وقوع الجزء المفرز فى نصيب المتصرف بالقسمة لا يؤدى الى تصحيح التصرف .

ولكن هذا الحكم ، على أى حال ، لم يكن يطلق حكم البطلان المطلق على كل أنواع التصرفات الواردة على جزء مفرز ، وانما كان يستثنى منه بعض التصرفات التى ليس من شأنها احداث تغيير حال فى الحق كالرهن، بحيث يعتبر رهن الجزء المفرز من قبل الشريك موقوفاً على نتيجة القسمة . وهذه ثغرة فى هذا القضاء ، حيث يفرق فى الحكم دون مبرر بين التصرفات الصادرة من الشريك والواردة على جزء مفرز من الشيء الشائع .

التصرف ما يزال معلقاً — فلا سبيل الى ابطاله بدعوى صدوره من غير مالك، لأن المتصرف لا يعتبر كذلك الا بتمام القسمة وايقاعها الجزء المتصرف فيه فى نصيب غيره . وقد أكدت محكمة النقض هذا الرأى بقولها انه «ليس ثمة ما يمنع البائع وان كان مالكاً على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع الا أن ذلك كله لا يبطل البيع» (١) . ولكن يبدو أن محكمة النقض كانت تحاول تبسيط الأمور أكثر مما ينبغى ، اذ لم تكن ترى تعارضاً جوهرياً بين هذا الرأى وبين الرأى الذى يعطى للمتصرف اليه حق طلب ابطال التصرف ، بل كانت تحصر الخلاف فى مسألة تحديد وقت هذا الطلب (٢) .

وعلى أى حال ، فلم تكتف محكمة النقض باعتبار التصرف معلقاً على نتيجة القسمة فى العلاقة بين أطراف التصرف ، بل بسطت هذا الحكم كذلك حتى فى العلاقة بين المتصرف اليه وباقى الشركاء ، فأنكرت عليهم

---

(١) نقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ، س ٢ ، رقم ٢٧ ، ص١٣٨ .

وأنظر كذلك فى نفس المعنى :

نقض ٢٨ يونيه ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ .

استئناف ٥ يناير ١٨٩٩ ، المجموعة الرسمية ، ١ ، ص٤٠ — الاسكندرية الابتدائية ١٦ مارس ١٩٠٥ ، المجموعة الرسمية ، ٦ ، ص٢٢١ — البلينا الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠ ، المحاماة ، ١ ، رقم ٦٧ ، ص ٣٥٤ . — أجا الجزئية ٢٥ مارس ١٩٢٥ ، المحاماة ، ٥ ، رقم ٥٦٩ ، ص ٦٩٥ .
استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر ١٩٤٧ ، المجموعة الرسمية ، ٣٩ ، رقم ٢ ، ص ٧٣ .

استئناف مختلط ٢٤ فبراير ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ .

(٢) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٧ ، ص ١٣١ ، حيث يقرر الحكم أنه «وان اختلف الفقهاء والقضاء فى حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً فى حصة البائع منه وباطلا فى حصص شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فانما وقع اختلافهم هذا فى تقرير حكم العقد بين عاقديه . فمن ذهب الى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه . ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا على البائع الا عند خروج المبيع من حصة بائعه بالقسمة» .

الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة فى الجزء المفرز المتصرف فيه (١) . ولكن بعض المحاكم اعترفت لهم بهذا الحق (٢) .

٤ - التكييف الصحيح هو اعتبار التصرف صحيحا لصدوره من مالك ، ولكنه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء :

اذا كان افتقاد وجود نص فى القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى القديم يحكم قبل القسمة تصرف الشريك بانفراده فى جزء مفرز من الشىء الشائع قد فتح الباب واسعاً للاجتهاد والاختلاف فى الفقه والقضاء، الا أن الرأى السائد فى القانون الفرنسى فى هذا الشأن مختلف كما رأينا عن الرأى الراجح فى ظل التقنين المصرى القديم . فبينما يكاد يستقر الرأى فى القانون الفرنسى على اعتبار التصرف فيما بين طرفيه قابلا للابطال . أثناء الشيوع وقبل اجراء

---

(١) اذ قضت ، فى نفس الحكم المشار اليه فى الهامش السابق ، بأنه «فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدعى شريكاً فى الملك المشاع أو متلقياً ملكه عن شريك فيه على المشاع- فلا خلاف فى أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى البيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع البيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى . واذن فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه خليقاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه» . وواضح أن هذا الحكم يغالى فيما يذكره من أن لاخلاف على المبدأ الذى يقرره . اذ تأخذ كثير من المحاكم فى الواقع بعكسه كما هو مذكور فى المتن ومشار اليه فى الهامش التالى .

واستقرت محكمة النقض على هذا القضاء من بعد (أنظر : نقض ٢ مايوسنة ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ٥٤ ، ص ١٨٩ . - نقض ٢٨ يونيه ١٩٥٦ سالف الذكر ، وسنرى من بعد ما فى هذا الحكم من مغالاة فيما يدعيه من أن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم هو ما أخذ به التقنين المدنى الحالى فى المادة ٨٢٦ منه)

(٢) استئناف ٥ يناير ١٨٩٩ سالف الذكر - الاسكندرية الابتدائية ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ سالف الذكر - البلينا الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠ سالف الذكر . ويقرر الحكم الأخير أن « الحالة التى نشأت من تصرف الشريك ببيع حصة معينة ... لا تنقص شيئاً من حقوق المدعية فى الحصة التى بيعت مفروزة ، بل يبقى لها عليها حقوقها المشاعة كما كانت قبل البيع ، لأن المشترى لا يكتسب من الحقوق أكثر مما كان للبائع الذى تلقى الحق عنه ، وكان للمدعية أن تصل للنتيجة التى تطلبها فى هذه الدعوى بتكييف الدعوى بصورة أخرى بأن تطلب استحقاقها لنصيبها مشاعاً فى القدر الذى بيع مفروزاً ، والحكم فى هذه الحالة لا يتوقف على شىء آخر لأنه بقاء لحالة الشيوع بين الشركاء كما كانت من قبل » .

القسمة، لصدوره من غير مالك؛ كان الرأى الراجح فى ظل التقنين المدنى المصرى القديم يرفض هذا الرأى ويذهب الى اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة، مما يحرم المتصرف اليه قبل اجرائها من طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك. وأما فى مواجهة باقى الشركاء، فبينما يعترف لهم فى القانون الفرنسى بحق رفع دعوى الاستحقاق قبل القسمة لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه، أنكرت عليهم محكمة النقض المصرية هذا الحق فى ظل التقنين المدنى القديم، معتبرة أن رفع هذه الدعوى من قبلهم قبل القسمة يكون سابقاً لأوانه طالما أن التصرف موقوف على اجراء القسمة ونتيجتها.

والواقع أنه، لتحديد حكم هذا التصرف قبل القسمة سواء فيما بين طرفيه أو فى مواجهة باقى الشركاء ولتقدير هذين الاتجاهين المتعارضين فى شأنه فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم، ينبغى الفصل بداءة فى مسألة أولية هى طبيعة حق الشريك المشتاع ومحله.

وقد أثارت هذه المسألة وما تزال مناقشات فقهية طويلة، ليس هنا مجال عرضها بالتفصيل (١)، وانما نلم منها فحسب بالقدر الذى يعنينا فى هذا المقام ويمس مساسا مباشراً المشكلة التى نتصدى لبحثها وهى حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع.

وفى شأن تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع، نسارع فنستبعد مختلف الآراء التى ذهبت الى اعتبار حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصى (٢)،

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Josserand, Essai sur la propriété collective, Livre du centenaire du Code civil, t. 1, pp. 357 et s. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. IV, 1928, Nos. 162-184, pp. 309-380. — Ionasco, thèse précitée, Nos. 113-132, pp. 227-285. — Supervielle, La notion de co-propriété, conférence faite à l'occasion des "Journées de droit franco-latino-américaines", Le 14 mai 1948, à La Faculté de Droit de Paris, Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée, 71e année, No 4, Octobre-Décembre 1948, pp. 1025-1038. — V. aussi les discussions qui ont suivies cette conférence, op. cit., pp. 1039-1051.

(٢) Josserand, article précité, pp. 370 et s.

فهى لا تستقيم مع أحكام القانون المصرى الوضعى . اذ مقتضى هذه الآراء — وهى تنكر وجود حق عينى للشريك على الشىء الشائع — وجوب تحديد مالك آخر لهذا الشىء . ولا يصلح ما تذهب اليه بعضها من اسناد الملكية الى مجموع الشركاء ككل (١) ، طالما أن من المسلم فى قانوننا أن الحقوق لا تثبت الا للأشخاص ، وأنه لا يعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع الذى يتألف منه الشركاء المشتاعون (٢) . وعلى أى حال ، فالمشرع صريح فى التقنين المدنى الحالى كما سنرى فى رفض اعتبار حق الشريك حقاً شخصياً وفى تأكيد اعتباره حقاً عينياً وتخويل الشريك بالتالى سلطات عينية مباشرة على الشىء الشائع لا يمكن أن تثبت لصاحب حق شخصى .

ولذلك فالسائد فى القانون الفرنسى والقانون المصرى على السواء هو اعتبار حق الشريك المشتاع حقاً عينياً ، وهو ما نعتمده نقطة بداية البحث فى طبيعة هذا الحق . ولكن اعتبار هذا الحق حقاً عينياً ، لا يحسم المشكلة حسما نهائياً ، اذ يبقى التساؤل عن طبيعة ونوع هذا الحق العينى .

---

(١) Van Biervlet, Cours de droit civil, nos. 256 et s., cité par Bonnecase, op. cit., t. IV, nos. 170-172, pp. 335 et s.

وقارن مع ذلك أخذ بعض الفقهاء بهذا الرأى ولكن مع اعتبارهم أن لكل شريك على انفراده كذلك حقاً عينياً فى نفس الوقت : Supervielle, op. cit., pp. 1034 et s.

ولكن من الواضح أن هذا البعض ، وان لم يحدد صراحة محل هذا الحق العينى الانفرادى لكل شريك ، الا أنه يقصد به الحصة المعنوية أو الرمزية ، وهو ما ينتهى فى الواقع الى انكار الصفة العينية لحق كل شريك والعود الى الآراء التى ترى فيه مجرد حق شخصى ، اذ الحق العينى لا يرد الا على شىء مادى معين بالذات وليس هذا شأن الحصة المعنوية أو الرمزية التى يقال بورود حق الشريك عليها .

(٢) أنظر كذلك فى انتقاد هذه الآراء :

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٥ و ١٩٦ — عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٦٠ ، فقرة ١١٨ ، ص١٥٥ — كتابنا : حق الملكية سالف الذكر ، ١٩٥٨ ، فقرة ١١١ ، ص ٣١١ و ٣١٢ .

ويذهب بعض الفقهاء الى اعتباره حقاً عينياً من نوع خاص غير أنواع الحقوق العينية التقليدية المعروفة (١) . ولكن هذا الرأى لا يستقيم فى حكم المنطق ولا فى حكم القانون . ذلك أن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور فى سلطات ثلاث هى الاستعمال والاستغلال والتصرف . والقول بأن حق الشريك المشتاع حق عينى – ولو من نوع خاص – لا يخرجه فى مضمونه عن حدود هذه السلطات . والحال حينئذ لا يخرج عن أحد فرضين : اما أنه حق يجمع هذه السلطات الثلاث فى يد الشريك المشتاع ، فيعتبر حينئذ حق ملكية ، وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عينى من نوع خاص . واما أنه حق لا يخول الشريك المشتاع الا ما يعتبر اقتطاعاً من سلطات الملكية ، فحينئذ يثور التساؤل عمن تثبت له ملكية الشىء الشائع . تلك الملكية التى يتفرع عنها فرضاً ويقتطع منها حق الشريك المشتاع ؛ وهو تساؤل يظل دون جواب ؛ أو يرد عليه جواب غير معقول هو أن الشىء الشائع يبقى على غير ملك أحد طوال فترة الشيوع (٢) ، أو جواب غير مستقيم مع أحكام قانوننا الوضعى كما سبق البيان هو أن الشىء الشائع تثبت ملكيته لمجموع الشركاء ككل .

---

(١) Capitant, Cours de droit civil approfondi, Paris 1927-1928, p. 16, cité par Ionasco, thèse précitée N° 128, p. 271; No. 130, p. 278. — Partheniu, Le Droit social sur les choses, thèse Paris, 1908, p. 135, cité par Ionasce, thèse précitée, No. 130, p. 278. — Ionasco, thèse précitée, Nos. 129 - 132.

ويرى الأستاذ «أيونا سكو» – فى سبيل اسناد هذا الرأى – أن الشيوع طريقة لتملك الأشياء بكيفية مختلفة عن طريقى التملك الأخرى وهى الملكية الفردية والملكية الجماعية ، وأن هذه الطريقة تختفى عند وقوع القسمة لتحل محل الشيوع ملكية أو عدة ملكيات واردة على أجزاء مفرزة ، وعندئذ يعرف بأثر رجعى من كان المالك وقت الشيوع (الرسالة السابقة ، فقرة ١٣٢ ، ص ٢٨٤ و ٢٨٥) . ولكن ظاهر أن هذا التصور مبهم وغير محدد ؛ فضلا عن أنه لا يحل مشكلة تحديد المالك فى فترة الشيوع وقبل وقوع القسمة ، ولا يقبل تأخير هذا التحديد الى وقت القسمة ووفقاً لنتيجتها حتى مع التسليم جدلا بالأثر الرجعى للقسمة (أنظر كذلك فى انتقاد هذا الرأى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٧ و ١٩٨ – عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، فقرة ١١٨ ، ص ١٥٥ و ١٥٦) .

(٢) كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١١١ ، ص ٣١٢ و ٣١٣ .

ولذلك فالسائد فى الفقه هو اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية . وهذا ما انحاز إليه المشرع المصرى صراحة فى التقنين المدنى الحالى . حيث يتعرض للشيوع فى الباب الخاص بحق الملكية وتحت عنوان «**الملكية الشائعة**»، وحيث يصرح بأنه «اذا **ملك** اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ... » (م٨٢٥)

ولكن يجب التساؤل عن المحل الذى يرد عليه حق ملكية الشريك أثناء الشيوع . وواضح أنه لا يمكن القول بأن هذا الحق يرد على الحصة المعنوية أو الرمزية (١) ، لأن الحق العينى لا يرد الا على شىء مادى معين بالذات. ولا يتحدد قبل وقوع القسمة أى جزء مادى من الشىء الشائع يقابل ويساوى الحصة الرمزية للشريك حتى يقال بورود حقه عليه (٢) . وما دام لا يمكن

---

(١) وقد يوهم نص المشرع فى التقنين المدنى الحالى على أن «كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ... »(م ٨٢٦/ ١)،بأن محل حق الشريك هوهذه الحصة . ولكن هذا الوهم منتف، لأن المشرع صريح كما قلنا فى اعتبار حق الشريك حق ملكية أى حقا عينياً بحيث لا يتصور وارداً الا على شىء مادى معين بالذات ، وهو صريح فى أن حصة كل شريك غير مفرزة عن حصة الآخر (م ٨٢٥) . وانما أراد المشرع بعبارة أن الشريك «يملك حصته ملكاً تاماً» بيان أن سلطاته فى الأصل هى نفس سلطات المالك ملكية مفرزة ولكن مع تقييدها بما يتفق مع الصورة الشائعة لحقه التى يتمدد فيها الشركاء الملاك ويتزاحمون بسلطاتهم المتماثلة على نفس الشىء الشائع فى جملته ، ولذلك تمضى المادة ٨٢٦/ ١ بعد هذه العبارة لتوضح هذا المعنى بقولها «وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها ، **بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء** » .

(٢) قارن مع ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض من «أنه وان كانت الملكية الشائعة تسرى بقدرها الى كل أجزاء المال المشاع . فان ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتى ، فتكون فى كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها الى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل» . ولكن يبدو أن محكمة النقض كانت تعتمد فى ذلك أساساً على فكرة الأثر الرجعى للقسمة وتغالى فى اعمال هذا الأثر ، إذ تمضى فى نفس الحكم فتقول « ذلك أن الحصة الشائعة ، وان لم تكن فى الميان متميزة حالا ، فانها متميزة بالقسمة مآلا ، وبموجب ما للقسمة من أثر رجعى كاشف تكون فى نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر » (نقض ١٥ يناير ١٩٤٨ ، مجموعة المكتب الفنى لقواعد النقض القانونية فى خمسة وعشرين عاماً ، ج ٢ ، ملكية ، رقم ١٠ ، ص ٩٩١) .

وأنظر فى انتقاد هذا الحكم من حيث مغالاته فى اعمال الأثر الرجعى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش (٢) ، ص ٣٠٢ و٣٠٣ .

قبل وقوع القسمة افراز نصيب مادى من الشىء الشائع يقابل ما للشريك من حصة رمزية مجردة ، فلا مناص اذن — وهناك فى نفس الوقت عدة شركاء لكل منهم حصة مجردة — من اعتبار حق الشريك المشتاع وارداً طوال الشيوع على الشىء الشائع جميعه (١) . وبذلك يكون الشىء الشائع محملا بحق ملكية ، ولكنه ليس كحق الملكية المفرزة له صاحب واحد، وانما له أصحاب عدة (٢) . وظاهر من ذلك أن التعدد هنا لا يلحق محل الملكية ، اذ المحل واحد هو الشىء الشائع لا يتجزأ أجزاء عدة يختص كل شريك مشتاع منها بجزء ، وانما التعدد يلحق صاحب الملكية وحده اذ يوجد أكثر من مالك لنفس الشىء(٣) .

---

(١) وبذلك لا تنقسم ذرات الشىء الشائع بين الشركاء بنسبة حصصهم ولو انقساماً نظرياً (فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العينى ، ١٩٥١ ، فقرة ١٣٥ ، ص ١٥٦ . وقارن :

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1946, No. 2744).

(٢) وهذا ما يستقر عليه جمهور الفقهاء . أنظر خاصة :

Bonnecase, op. cit., t. IV, No. 178, p. 365. — Beudant et Voirin, Cours de droit civil français t. IV,Les biens, 2° éd., 1938, No. 361, p. 387. — Planiol, Ripert et Boulanger, ibid.

شفيق شحاته ، الموضع السابق — عبد المنعم البدراوى ، شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٠٧ — عبد الفتاح عبد الباقى ، دروس الأموال ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٢١ — عبد المنعم الصدة ، ج ١ ، فقرة ١١٨ — اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٨ — كتبنا سالف الذكر ، فقرة ١١١ ، ص ٣١٣ .

(٣) وليس فى تعدد صاحب الحق فى الملكية الشائعة غرابة ، فظاهرة تعدد صاحب الحق مع بقاء محله واحداً ظاهرة معروفة فى القانون ، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية عند تضامن الدائنين أو عدم قابلية الدين للانقسام مع تعدد الدائنين
(فى هذا المعنى : Bonnecase; Beudant et Voirin, ibid.)

وقد اطلعنا أثناء كتابة هذا البحث على جزء من بحث للزميل الدكتور منصور مصطفى منصور معد للنشر فى مجلة «العلوم القانونية والاقتصادية» بعنوان : «تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره» ، يعترض فيه على القول بتعدد أصحاب الحق فى الملكية الشائعة كتعدد أصحاب الحق الشخصى، على أساس وجود فروق بين تنظيم الحقوق الشخصية وتنظيم الشيوع ناشئة من اعتبار كل دائن من الدائنين فى الحق الشخصى نائباً عن الباقين (هامش(١) ص٩٥). ولكن يجب أن يراعى أن هذه النيابة ليست مطلقة وانما هى فى حدود ما ينفع دون ما يضر (م ٢٨٢/٢ مدنى ؛ وأنظر كذلك : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ١٤٣) . وكذلك الشأن فى الملكية الشائعة ، فباشرة كل شريك سلطات حق الملكية مقيدة بعدم الاضرار بباقى الشركاء .

وتعدد أصحاب الحق على هذا النحو ، يتيح البصر ببعض الفروق المحتومة بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة :

١ — الأصل أن حق الملكية — ككل حق مالى — انما يمثل قيمة مالية معينة تكون مقابلة للقيمة المالية لمحله . وهذا التطابق محقق وظاهر فى الملكية المفرزة حيث صاحب الحق واحد ، فتثبت له وحده كل القيمة المالية التى يمثلها الشىء محل حقه . أما فى الملكية الشائعة ، فالوضع مختلف بالضرورة أمام ظاهرة تعدد الملاك ؛ اذ لكل من الشركاء المشتاعين حصة رمزية حسابية من القيمة المالية التى يمثلها حق الملكية الشائعة ، بينما محل هذا الحق كما قلنا هو الشىء الشائع جميعه ، ولذلك تقوم الملكية الشائعة — على خلاف الملكية المفرزة — على أساس من انعدام التطابق بين هذا المحل وتلك الحصة ، اذ يكون المحل — وهو الشىء الشائع جميعه — أكبر من حث القيمة المالية من حصة الشريك . وانعدام التطابق هذا محتوم طالما الشيوع قائم ، حيث لا يمكن بعد تجزئة المحل (١) — وهو الشىء الشائع — أجزاء متعددة يقابل كل منها ويطابق على حدة قدر ما لكل شريك من حصة حسابية ، ولا يمكن تحقيق هذا التطابق الا بالقسمة النهائية للملكية التى تفرز لكل شريك نصيباً محدداً من الشىء الشائع يطابق ويساوى الحصة الحسابية . وعلى هذا النحو ، فاذا كان المحل مطابقاً للحق فى الملكية المفرزة ، فهو أوسع منه بالنسبة للشريك فى الملكية الشائعة .

٢ — الأصل فى الملكية المفرزة أن المالك وحيد متفرد ، فيمارس سلطاته كلها دون مزاحمة من أحد . ولكن يتغير الوضع بداهة فى الملكية الشائعة ، حيث أصحاب الحق عدة . وحيث يرد الحق طوال الشيوع على كل الشىء الشائع فى جملته . اذ يكون من الطبيعى — ولكل شريك بوصفه واحداً من أصحاب حق الملكية نفس سلطات الملكية المعروفة وهى الاستعمال

---

(١) ولكن من الواضح أن استحالة تجزئة المحل أجزاء مفرزة مستقلة طوال الشيوع ، لا يمنع من تجزئة الثمار المتحصلة من استغلال الشىء الشائع بين الشركاء كل بنسبة حصته الرمزية الحسابية ، أو من الاتفاق على تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع بين الشركاء كل بنسبة حصته عن طريق قسمة مهايأة زمانية أو مكانية .

والاستغلال والتصرف – أن تتزاحم وتتضارب مباشرتهم لهذه السلطات على نفس المحل وفى نفس الوقت . من أجل ذلك ، يتحتم فى الملكية الشائعة تقييد استعمال كل شريك لسلطاته فى الملكية بما للآخرين من سلطات مماثلة فيجب أن يقف فى هذا الاستعمال عند الحد الذى لا يضر بباقى شركائه . ولذلك فاذا كان كل من الملكية المفرزة والملكية الشائعة حق ملكية يعطى لصاحبه أو أصحابه نفس السلطات ، الا أن الملكية الشائعة ملكية مقيدة من حيث الاستعمال نتيجة تزاحم الشركاء المشتاعين بسلطاتهم المماثلة على نفس الشيء ، فيتقيد حق كل منهم فى استعمالها بحق الآخر فى نفس الاستعمال (١) .

واذا كانت هذه الفروق قائمة بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة ، فهل معنى ذلك انكار توافر مقومات حق الملكية فى شأن الملكية الشائعة ؟. يذهب بعض الفقهاء (٢) الى أن الملكية الشائعة تفتقد مقومات الملكية الجوهرية نتيجة افتقادها الصفة الاستئثارية المانعة الثابتة لحق الملكية . ولكن يرد على ذلك بأن المقصود بهذه الصفة هو منع الغير من التمتع بسلطات الملكية على الشيء أو مباشرتها أو التدخل فى مباشرة المالك لها ، وليس منع من يتمتع هو الآخر بنفس الوصف كمالك على نفس الشيء عند تعدد الملاك من أى من ذلك (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 2748. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1947, p. 409.

عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١١٠ ، ص ١٣٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٧ مكرر ص ١٧٨ – اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٦٩ ، ص ١٤٥ – عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ فقرة ١١٨ ، ص ١٥٦ – كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١١٢ ، ص ٣١٤ .

(٢) Inasco, thèse précitée, no. 177, pp. 245, 246. — Supervielle, op. cit., p. 1031

منصور مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٤ ، ص ٩٦ .

(٣) فى هذا المعنى :

Solus, Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée, 1948, N°. 4, p. 1041.

اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٨ .

فضلا عن أن ما يستند اليه هذا الرأى من القول باستحالة ثبوت الملكية لأكثر من مالك واحد ، اذا صح حيث يطابق حق كل مالك من حيث القيمة المالية المحل الذى يرد عليه ، فهو لا يصح فى وضع كوضع الشيوع ينعدم فيه مثل هذا التطابق بين حصة الشريك الحسابية الشىء الشائع . فالمستحيل اذن فى الواقع هو ثبوت حق كامل من حيث القيمة المالية ومطابق للقيمة المالية للمحل لأكثر من شخص واحد فى نفس الوقت على نفس الشىء ، لكن ليس ثم ما يمنع من ثبوت الحق لأكثر من صاحب طالما ليس لكل منهم الا نسبة حسابية من القيمة المالية للحق .

ويذهب بعض آخر (١) الى القول بأن فى وجود الملكية الشائعة ما يتنافى مع اعتبار حق الملكية حقاً جامعاً لكافة سلطات الملكية بين يدى المالك ، اذ بينما تخول الملكية المفرزة للمالك الحصول على كل منافع الشىء ، يقتصر الأمر فى الملكية الشائعة على مجرد تخويل كل شريك نسبة من هذه المنافع. ولكن هذا الفارق انما هو نتيجة طبيعية لتعدد الملاك ، ذلك التعدد الممكن والمنطقى على النحو الذى أوضحناه . طالما أنه ليس لكل منهم الا حصة حسابية محدودة من القيمة المالية للحق . وهو بعد فارق لا يمس طبيعة وذات السلطات التى يخولها حق الملكية للمالك سواء كان واحداً أو متعدداً . وانما يحد فحسب من مباشرتها بما لا ينتقص مما لباقى الشركاء من نفس السلطات المماثلة . وهذا هو ما دعا صاحب هذا الرأى رغم ذلك الى القول باعتبار الملكية الشائعة حق ملكية ولكن من نوع خاص (٢) . وهذا تسليم بأن حق الشريك المشتاع حق ملكية فى أصله وفى مضمونه من حيث نوع السلطات المخولة له . أما وصفه بأنه ملكية من نوع خاص . فلا نرى له معنى مقبولا الا اذا أريد به أن الملكية الشائعة رغم اعتبارها كالملكية المفرزة حق ملكية ، الا أن ما تتميز به عنها من تعدد أصحابها بما يستتبعه ذلك من نتائج يفرض اختلافاً بينهما فى بعض

---

(١) منصور مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٤ ص ٩٧ ؛ وفقرة ١٩ ، ص ١٠٥ و ١٠٦

(٢) منصور مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٨ ، ص ١٠٤

الأحكام . ولكن هذا الاختلاف المسلم بينهما فى الأحكام لا يغير من طبيعتهما الواحدة كحق ملكية (١) .

وعلى هذا النحو ، فحق الشريك المشتاع حق ملكية يرد طوال الشيوع على الشيء الشائع جميعه ، ولكن استعماله لسلطات الملكية يتقيد حتما بعدم الاضرار بباقى الشركاء لما لهم على نفس المحل — باعتبارهم أصحاب حق الملكية معه — من سلطات مماثلة . والبصر بذلك يتيح الوقوف على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، وتقدير الآراء المختلفة فى هذا الشأن فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى قبل نفاذ التقنين المدنى الحالى .

فاعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد طوال الشيوع على الشيء الشائع جميعه ، يقتضى اعتبار تصرفه فى جزء مفرز من هذا الشيء تصرفاً صادراً من مالك ، وهو ما يجعله فيما بين أطرافه صحيحاً باتاً . فلا هو يقبل الابطال قبل القسمة بدعوى صدوره من غير مالك كما يذهب الرأى السائد فى القانون الفرنسى . ولا هو معلق على نتيجة القسمة كما كان يذهب الرأى الراجح فى ظل التقنين المدنى المصرى القديم .

ولكن صحة مثل هذا التصرف فيما بين أطرافه . لا تعنى نفاذه فى حق باقى الشركاء المشتاعين . فمباشرة الشريك المشتاع سلطاته كمالك على كل الشيء الشائع مقيدة ، كما سبق البيان . بما للشركاء الآخرين على نفس المحل من نفس السلطات المماثلة . ولذلك يبقى تصرفه فى جزء مفرز من هذا المحل ، رغم صحته فى العلاقة بينه وبين المتصرف اليه . غير نافذ فى حق باقى الشركاء . فيكون لهم حق اقراره أن ارادوا (٢) . ويكون لهم — ان لم يقروه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى كذلك :
شفيق شحاته ، فقرة ١٣٦ ، ص ١٥٧ .

(٢) ويفيد الاقرار فى الغالب حصول قسمة جزئية بتجنيب الجزء المفرز المتصرف فيه واخراجه من الشيوع (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٤) . ولكنها قد تفيد غير ذلك فى بعض الأحوال ، إذا اتفق سائر الشركاء مع الشريك المتصرف على أن يوفى لهم بأنصبتهم فى ثمن الجزء المفرز المتصرف فيه مع بقائه شريكاً معهم فى الأجزاء الأخرى (اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش « ٢ » ص ١٦٧) .

حق رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه طالما أنهم لا يطالبون بالقسمة ، وذلك خلافاً لما كانت تذهب اليه محكمة النقض المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم .

٥ ـ تأكيد هذا التكييف فى التقنين المدنى الحالى :

وقد أكد المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى هذا التكييف لتصرف الشريك بانفراده فى جزء مفرز من الشىء الشائع . فاعتبره تصرفاً صادراً من مالك وصحيحاً فيما بين أطرافه ليس فحسب قبل القسمة بل وكذلك بعدها وأيا كانت نتيجتها . ذلك أنه كان يأخذ فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى بالمذهب الراجح فى ظل التقنين المدنى القديم من اعتبار مثل هذا التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة (١) . ولكنه ما لبث أن عاد فعدل عن هذا النظر (٢) الى تقرير صحة التصرف دون التمكين من ابطاله على أساس صدوره من غير مالك . بل ودون تأثر بنتيجة القسمة نفسها . فجاءت المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدنى الحالى مقررة أنه «اذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف

---

(١) كانت المادة ١١٩٤/٢ من ذلك المشروع تقضى بأنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر الا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف » . وكانت المذكرة الايضاحية لهذه المادة تذكر أنه «إذا لم يقع (هذا الجزء) فى نصيبه ، عد التصرف صادراً من غير مالك وأخذ حكمه ، الا فى الرهن الرسمى فقد وردت بشأنه أحكام خاصة لأهميته فى المادة ١٤٤٦ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ٨١) .

(٢) رأت لجنة المراجعة تعديل نص المشروع التمهيدى سالف الذكر على النحو الذى ظهر فى التقنين فى المادة ٨٢٦/٢ . وقد ذكر فى تبرير مثل هذا التعديل ، أنه قرر للتوصل إلى جعل حكم هذا النص «متفقاً مع حكم الرهن فى المال الشائع من جهة ، ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٨٢) . ولكن ليس صحيحاً القول بأن هذا التعديل يتفق مع حكم بيع ملك الغير ، إذ لم يجعل التعديل للمتصرف اليه حق طلب ابطال التصرف الا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، بينما مقتضى حكم بيع ملك الغير اعطاء المشترى طلب ابطال البيع سواء كان عالماً أو جاهلا بأن البائع ليس مالكاً للمبيع .

اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » .

وهذا المسلك من جانب التقنين المدنى الحالى نظر صائب فى تأصيله وعملى فى تطبيقه . اذ يأخذ هذا النص بما يقتضيه التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع من اعتبار تصرفه – حتى فى جزء مفرز محدد من الشىء الشائع – تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك لا يمكن التوصل الى ابطاله الا على أساس عيب يشوب رضاه كعيب الغلط فى طبيعة ملكية المتصرف ، ومن اعتبار هذا التصرف مع ذلك غير نافذ فى حق باقى الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها. ويحل هذا النص كذلك مشكلة مصير هذا التصرف بعد القسمة ، اذا أوقعت الجزء المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، الحل السليم والعملى الذى يوفق بين الاعتبارين المتقدمين : من كون هذا التصرف صحيحاً صادراً من مالك من ناحية . وكونه غير نافذ فى حق باقى الشركاء من ناحية أخرى ؛ اذ يبقى على التصرف فى ذاته وفيما بين أطرافه ما دام صادراً من مالك ، ولكنه يستعين بفكرة « الحلول العينى » فيغير من محله ويوقعه على الجزء الذى آل الى الشريك المتصرف بالقسمة مادام الجزء المتصرف فيه قد آل بالقسمة الى غير الشريك المتصرف والتصرف غير نافذ فى حقه .

وعلى أى حال ، فالذى يعنينا الآن هو تفصيل حكم هذا التصرف قبل القسمة ؛ وهو ما يقتضى النظر اليه فى العلاقة بين أطرافه من ناحية . وفى مواجهة باقى الشركاء من ناحية أخرى .

المطلب الأول

حكم التصرف فى العلاقة بين أطرافه

قلنا ان التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع يقضى باعتبار تصرفه ولو فى جزء مفرز محدد من الشىء الشائع تصرفاً صادراً من مالك . وقد أكد المشرع هذا الحكم بتقريره النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك من منع المتصرف

اليه من طلب ابطال هذا التصرف على أساس صدوره من غير مالك ، وحصر حقه فى ابطاله على حالة وجود عيب يشوب رضاه وخاصة عيب الغلط فى طبيعة ملكية المتصرف . ولكن هذه النتيجة التى عنى المشرع بالنص عليها ليست هى النتيجة الوحيدة المترتبة على اعتبار تصرف الشريك فى الجزء المفرز تصرفاً صادراً من مالك ، فثم نتائج أخرى تترتب على هذا الاعتبار يجب استخلاصها كذلك .

٦ - ليس للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك ، ولكن يجوز له طلب ابطاله فى حالة الغلط :

ينص المشرع على أن «للمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف» (م٨٢٦/٢) . وقد يبدو النص على هذا الحكم أمراً بديهياً وتزيداً لا حاجة اليه ، اذ هو محض تطبيق للقواعد العامة فى شأن صحة الرضا وخلوصه من العيوب ومنها عيب الغلط . ولكن عناية المشرع رغم ذلك بتأكيد النص عليه كان مقصوداً به ابراز أن حق المتصرف اليه فى طلب ابطال التصرف فى الجزء المفرز انما ينحصر فى وجود عيب يشوب رضاه كعيب الغلط فى طبيعة ووصف ملكية المتصرف خاصة ، ونفى كل حق له فى طلب الابطال على أساس صدور التصرف من غير مالك .

والمشرع يستجيب فى ذلك للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سبق البيان ، اذ ما دام حق الشريك المشتاع يرد طوال الشيوع على كل الشىء الشائع ، فتصرفه حتى فى جزء مفرز (١) يكون تصرف مالك فيما يملك وان كان غير نافذ فى حق باقى الشركاء . ولذلك لا يوجد ثم ما يعاب على هذا التصرف من ناحية ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز المتصرف فيه ، فلا يتأتى اذن اجراء أحكام التصرف فى ملك الغير عليه . فاذا كانت أحكام

---

(١) ويستوى أن يكون الجزء المفرز أقل من حصة الشريك المتصرف أو مساوياً لها أو أكبر منها (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٨ ، ص ١٧٤) .

بيع ملك الغير (١) مثلا تقضى بأن للمشترى طلب ابطال البيع على أساس صدوره من غير مالك ، وذلك سواء كان هذا المشترى عالماً أو جاهلا بعدم ملكية البائع للمبيع ، فلا تطبق هذه الأحكام فى شأن بيع الشريك جزءاً مفرزاً من الشيء الشائع ؛ ولذلك لا يكون للمشترى طلب ابطال مثل هذا البيع على أساس صدوره من غير مالك ، سواء كان يجهل أو يعلم أن البائع مجرد مالك على الشيوع . ولكن اذا امتنع على مشترى الجزء المفرز أو المتصرف اليه به بوجه عام طلب ابطال البيع أو التصرف على أساس صدوره من غير مالك ، فيبقى أن من حقه – طبقاً للقواعد العامة فى عيوب الارادة – أن يطلب ابطاله على أساس ما يكون قد وقع فيه من غلط جوهرى فى حقيقة طبيعة ملكية البائع أو المتصرف .

وعلى ذلك ، ليس من سبيل أمام المشترى أو المتصرف اليه لطلب ابطال البيع أو التصرف ما دام يعلم أن البائع أو المتصرف مالك على الشيوع ، اذ لا وجه للابطال على أساس صدوره من غير مالك من ناحية ، ولا للابطال على أساس الغلط طالما أنه على بينة من حقيقة الوضع من ناحية أخرى . أما اذا كان يجهل أن البائع أو المتصرف مجرد مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك ملكية مفرزة خالصة للجزء المفرز المبيع أو المتصرف فيه ، فمن حقه حينئذ طلب الابطال ولكن على أساس ما وقع فيه من غلط يعيب ارادته ، وليس على أساس صدور البيع أو التصرف من غير مالك . وهذا ما عناه المشرع بتأكيد حق المتصرف اليه فى طلب ابطال التصرف اذا كان فحسب يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ؛ اذ لو كان يقصد اعتبار التصرف فى الجزء المفرز صادراً من غير مالك لما كان هناك من داع للتفرقة بين حالة علم المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة أو جهله بها وحرمانه من حق طلب الابطال فى الحالة الأولى دون الثانية ، طالما ان أحكام التصرف فى ملك الغير تسوى بين الحالتين وتعطى للمتصرف اليه حق طلب الابطال فيهما معاً .

---

(١) راجع فى هذه الأحكام : أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ فقرة ٤٠٣ – سليمان مرقس ومحمد على امام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦٩ – عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، فقرة ١٦١ .

وقصر حق المتصرف اليه فى الابطال على مجرد الابطال بسبب عيوب الرضا وخاصة الغلط ، ومنعه من طلب الابطال على أساس صدور التصرف من غير مالك ، هو الحكم الواجب تقريره بصفة مطلقة سواء فى فترة قيام الشيوع أو بعد فضه بالقسمة ؛ فذلك هو مقتضى اطلاق نص المشرع ، ومقتضى تكييف حق الشريك المشتاع على السواء .

ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء (١) الى أن المشرع انما قصد بالمادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى الحالى تقرير مبدأ الحلول العينى علاجاً للمضار التى تترتب على أثر القسمة الرجعى مما يفترض وقوع القسمة أولا . وهو ما يجعل كذلك حق الابطال المعطى للمتصرف اليه على أساس الغلط منصرفاً الى الفترة التى تعقب القسمة وحدها . وحيث يتضح من نتيجتها وقوع الجزء المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف . أما فى فترة ما قبل القسمة ، فيرى هؤلاء الفقهاء أن هذه المادة لم تعرض لحكم التصرف خلالها . ولذلك يعتبرون أن الشريك المشتاع . بتصرفه فى جزء مفرز . قد تصرف فى حصته الشائعة فيه وفى الحصص الشائعة لباقى الشركاء فيه على السواء . فيكون اذن متصرفاً فيما يملك فى قدر حصته فى الجزء المتصرف فيه وفى ملك الغير فى قدر حصص شركائه فيه . ولذلك يأخذ تصرفه – على الأقل فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين – حكم التصرف فى ملك الغير . مما يخول للمتصرف اليه أو المشترى قبل القسمة حق طلب ابطاله لهذا السبب سواء كان عالماً بالشيوع أو غير عالم (٢) .

---

(١) سليمان مرقس ومحمد على امام . المرجع السابق ، فقرة ٢٨٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ ، ص ١٦٩ – ١٧١ .

(٢) ورغم أن أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى يذهب مذهب هذا الرأى من اعتبار أن الشريك الذى يبيع جزءاً مفرزاً من الشيء الشائع يكون قد باع فى نفس الوقت ما يملك وما لا يملك ، باعتبار أنه باع حصته فى هذا الجزء وهو يملكها وحصص سائر الشركاء فيه وهو لا يملكها (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٠) ، الا أنه لا يصل إلى نفس النتيجة التى يصل اليها أنصار هذا الرأى .

فهو يفرق بين حالتين : حالة علم المشترى بأن البائع مالك على الشيوع ، وحالة جهله بذلك . أما حيث يعلم المشترى بأن الملكية ليست خالصة للبائع بل له شركاء على الشيوع فيها ، فليس =

ولكننا لا نجد لهذا الرأى سنداً صحيحاً من القانون أو من طبيعة حق الشريك المشتاع (١) . فنص القانون فيما يتعلق باعطاء المتصرف اليه حق ابطال التصرف على أساس الغلط نص مطلق ، يجب – أمام اطلاقه – صرف حكمه

= له أن يطلب ابطال البيع حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع بدعوى أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير ، لأن المفروض – وهو على بينة من الأمر – أنه قد اشترى الجزء المفرز المبيع أو ما يحل محله مما قد يقع فى نصيب البائع عند القسمة ، بل يجب أن يتربص بوقوع القسمة .

وأما فى الحالة الثانية التى يجهل المشترى أن البائع مالك على الشيوع ، فيكون البيع مشوباً بغلط جوهرى فى حصة الشريك البائع ، وبيعاً لملك الغير فى حصص سائر الشركاء ؛ ومن ثم يكون قابلا للابطال فى كل المبيع قبل القسمة (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠١–٣٠٣)

وإذا كان رأى أستاذنا الجليل يفصل الرأى الآخر فى حالة علم المشترى بأن البائع مالك على الشيوع ، من حيث النتيجة التى ينتهى اليها وهى انكار الحق على المشترى قبل القسمة فى طلب ابطال البيع بالنسبة إلى حصص باقى الشركاء ، الا أن تأصيل هذه النتيجة محل نظر من أكثر من وجه .

فهذه النتيجة قد بنيت على مقدمة معينة هى اعتبار البيع بيعاً لملك الغير بالنسبة إلى حصص باقى الشركاء . وهذه المقدمة غير مسلمة ، وقد سبق لنا بيان وجه تنافيها مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع واعتبار حقه واردا طوال الشيوع على كل الشىء الشائع ، بحيث يعتبر تصرفه حتى فى جزء مفرز من هذا الشىء تصرفاً صادراً من مالك . بل ولو صحت هذه المقدمة لأسلمت منطقاً إلى النتيجة التى يراها أصحاب الرأى الآخر وينفيها الأستاذ الجليل ، وهى امكان المشترى قبل القسمة طلب ابطال البيع فيما يوازى حصص باقى الشركاء فى الجزء المفرز المبيع باعتباره بيعاً لملك الغير فى شأنها . وليس بمقنع لتبرير نفى هذه النتيجة رغم تلك المقدمة القول بأن المشترى – إذ يعلم بأن البائع هو مجرد مالك على الشيوع – يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة قبل القسمة (المرجع السابق ، هامش ٢ ، ص ٣٠١) ؛ ففى هذا نقول افتراض مخالف للواقع وتحميل لارادة المشترى فوق ما تحتمل (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ص ١٧٣)، وهو ما يقربه من رأى القائلين بحمل التصرف فى الجزء المفرز على أنه تصرف فى الحصة الشائعة ، وهو رأى ترد عليه اعتراضات كثيرة كما سنرى . ومن ناحية أخرى فرأى الأستاذ الجليل فى منع المشترى من طلب الابطال تربصاً بنتيجة القسمة ، يحمل معنى الامتناع عن الحكم على التصرف فى الجزء المفرز قبل القسمة واعتباره موقوفاً على نتيجتها ؛ وفى ذلك عود إلى الرأى الذى كان سائداً فى ظل التقنين المدنى القديم ، ذلك الرأى الذى سبق لنا انتقاده والذى عدل عنه المشرع فى التقنين المدنى الحالى بعد أن كان قد هم باتباعه كما سبقت الاشارة .

(١) أنظر فى انتقاد هذا الرأى كذلك :

عبد الفتاح عبد الباقى ، الأموال ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٣ – ٢٠٥ – اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ١ ، ص ١٦٩ .

الى ما قبل القسمة وما بعدها على السواء ، مما يستبعد امكان ابطال التصرف فى أيهما على أساس صدوره من غير مالك . وهذا التفسير هو الذى يمليه المنطق كذلك ، اذ لوصح اعتبار التصرف قبل القسمة صادراً من غير مالك وقابلا للابطال بالتالى على هذا الأساس دون نظر الى جهل المتصرف اليه أو علمه بقيام وضع الشيوع ، لوجب من باب أولى تأكيد هذا الاعتبار إذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، ولوجب تفريعاً على ذلك الاستمرار فى تمكين المتصرف اليه من طلب ابطال التصرف سواء كان عالما أو جاهلا بملكية المتصرف الشائعة ؛ وهذا ما لم يفعله المشرع حيث قصر حق طلب الابطال على المتصرف اليه الواقع فى الغلط بشأن حقيقة ملكية المتصرف ، مما يفصح بجلاء عن عزم المشرع على اطراح فكرة صدور التصرف من غير مالك كأساس للابطال — سواء فى فترة ما قبل القسمة أو بعدها — واستمساكه بغلط المتصرف اليه كأساس وحيد لذلك .

ويؤيد هذا التفسير لمسلك المشرع المصرى استقامته مع التكييف الذى رأيناه صحيحاً لحق الشريك المشتاع . فقد رأينا حقه حق ملكية يثبت له على الشيء الشائع جميعه كل سلطات الملكية . وان كان استعماله لهذه السلطات يتقيد بما للشركاء الآخرين من سلطات مماثلة ، مما يجعل تصرفه فى جزء مفرز من الشيء الشائع تصرفاً صحيحاً فى العلاقة بينه وبين المتصرف اليه على أساس اعتباره متصرفاً فيما يملك ، وان كان — فى العلاقة بينه وبين باقى الشركاء — تصرفاً غير نافذ فى حقهم . ولذلك لم يكن فى الامكان أمام هذا التكييف اعتبار التصرف — خاصة قبل القسمة — صادراً من غير مالك ، وترتيب النتيجة المحتومة على ذلك من تمكين المتصرف اليه فى جميع الأحوال من حق طلب ابطاله . وهذا التكييف نفسه من اعتبار التصرف صادراً من مالك هو الأساس فيما فرضه المشرع من اعمال فكرة الحلول العينى حين يقع الجزء المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف بالقسمة . فلو كان التصرف معتبراً قبل القسمة صادراً من غير مالك ، لاستقر هذا الاعتبار وتأكد بعد قسمة الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف ، ولبقى للمتصرف اليه فى جميع الأحوال — دون اقتصار على حالة وقوعه فى الغلط — حق طلب ابطال

التصرف، ولما احتاج المشرع إذن إلى اعمال فكرة الحلول العينى توصلا إلى ابقاء مثل هذا التصرف المهدد بالزوال والابطال على هذا الأساس (١).

وعلى هذا النحو ، نخلص بأن مجرد تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشيء الشائع ليس بذاته سبباً للابطال بدعوى صدوره من غير مالك قبل القسمة . وانما يمكن أن يتأتى ابطاله لظرف خاص متعلق بالمتصرف اليه نفسه — لا بالمتصرف — هو ما قد يشوب ارادته من عيب نتيجة غلطه فى اعتقاده أن ملكية المتصرف للجزء المفرز المتصرف فيه ملكية خالصة له دون شريك ؛ وهذا محض تطبيق للقواعد العامة فى شأن صحة الارادة وخلوصها من العيوب . ولذلك يجب التمييز فى الواقع بين حالتين : الأولى ، حالة علم المتصرف اليه بأن المتصرف مجرد مالك على الشيوع ؛ والثانية ، حالة اعتقاد المتصرف اليه بأن المتصرف يملك الجزء المفرز المتصرف فيه وحده دون شريك .

١ — إذا كان المتصرف اليه يعلم أن المتصرف ليس الا مالكاً على الشيوع للشيء الذى تصرف اليه بجزء مفرز منه ، فليس له طلب ابطال التصرف قبل القسمة . فمثل هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من مالك لا يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير كما سبق البيان .

٢ — إذا كان المتصرف اليه يجهل أن المتصرف مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك للجزء المفرز المتصرف فيه وحده ملكية خالصة دون شريك ، فان إرادته تكون مشوبة بغلط جوهرى ، مما يجعل التصرف قابلا للابطال لمصلحته قبل القسمة على أساس هذا الغلط .

٧ — التصرف يرتب قبل القسمة آثاره فيما بين اطرافه ، على الجزء المفرز المتصرف فيه ، لا على حصة فى الشيء الشائع تعادله :

إذا كان تصرف الشريك فى الجزء المفرز تصرفاً صادراً من مالك لا يجوز للمتصرف اليه طلب ابطاله الا على أساس وقوعه فى الغلط حول

---

(١) قارن مع ذلك :

سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقره ٢٨٧ ، ص ٤٧٢ .

حقيقة طبيعة ملكية المتصرف للجزء المفرز المتصرف فيه ، فمقتضى ذلك أنه تصرف صحيح منتج لآثاره فيما بين أطرافه قبل القسمة على نفس المحل المفرز المتصرف فيه . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بايقاعها اياه فى نصيب الشريك المتصرف . والا فان أوقعته فى غير نصيبه ورد التصرف وحق المتصرف اليه على الجزء الذى وقع فى نصيب المتصرف بالقسمة كما سبق القول .

والذى يعنينا الآن هو فترة ما قبل القسمة . وهذا التصرف قادر على ترتيب آثاره فيما بين أطرافه خلافا ، وعلى ذات الجزء المتصرف فيه : فقدرته على ترتيب آثاره **فيما بين أطرافه** ليست مقصورة على محض توليد التزامات شخصية فحسب . بل على انتاج آثار عينية بينهم كذلك (١) .

---

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن آثار التصرف تقتصر على الالتزامات الشخصية بين أطرافه ، فلا ينتج بينهم آثاراً عينية ، على أساس أن الشريك المشتاع — رغم ورود حقه على كل الشىء الشائع — الا أن سلطاته كذلك ومنها سلطة التصرف لم تتقرر للشريك لكى يمارسها بمفرده بل تتعين ممارستها مع غيره من الشركاء منعاً للمساس بحقوقهم ، فاذا انفرد بالتصرف كان تصرفه صادراً ممن ليست له سلطة التصرف منفرداً (اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٩٩ و ٢٠٠) .

ولكن إذا كان صحيحاً أن فى انفراد شريك بالتصرف فى جزء مفرز مساساً بحقوق سائر الشركاء ، فلا تكون الوسيلة لمنع هذا المساس هى منع التصرف من انتاج آثار عينية فيما بين أطرافه ، خاصة وأن الرأى القائل بذلك يسلم باعتبار التصرف صادراً من مالك ؛ وانما تكون الوسيلة الطبيعية والمنطقية هى مجرد منع نفاذ التصرف فى حق باقى الشركاء . ومن ناحية أخرى ، فان هذا الرأى يكاد يلتقى مع الرأى الذى يناهضه ، وهو الرأى القائل باعتبار تصرف الشريك فى جزء مفرز تصرفاً فى ملك الغير والذى من مقتضاه اقتصار هذا التصرف على توليد التزامات شخصية بين أطرافه إذا لم يطلب المتصرف اليه الابطال ؛ وإذا كان ذلك أمراً مفهوماً حيث يكون المتصرف غير مالك ، فهو غير مفهوم إذا كان المتصرف مالكاً والشريك مالك كما يسلم هذا الرأى . بل ان مركز المتصرف اليه طبقاً لهذا الرأى الذى يسلم باعتبار تصرف الشريك صادراً من مالك يكون أكثر سوءا من مركزه طبقاً للرأى الذى يعتبر هذا التصرف صادراً من غير مالك ، وهذا غير مقبول ؛ إذ بينما يجوز للمتصرف اليه طبقاً للرأى الثانى طلب الابطال ، يمتنع عليه ذلك طبقاً للرأى الأول مع اقتصار التصرف فى نفس الوقت على توليد التزامات شخصية بين أطرافه .

إذ ليس ثم ما يمنع من ذلك ، طالما أن الشريك المتصرف يرد حقه على كل الشيء الشائع طوال الشيوع فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من مالك ، وطالما أن حق باقى الشركاء الذين يضر بهم هذا التصرف محفوظ عن طريق عدم نفاذه فى حقهم . ولذلك ينقل التصرف فيما بين أطرافه إلى المتصرف إليه الحق على سبيل الافراز على ذات الجزء المفرز المتصرف فيه . فاذا كان التصرف تصرفاً ناقلا للملكية بالبيع مثلا ، اعتبر المشترى متملكاً ملكية مفرزة الجزء المبيع فى فترة الشيوع وقبل حصول القسمة (١) من وقت انعقاد عقد البيع أو من تاريخ تسجيله (٢) على حسب الأحوال ؛ فلا يحل إذن محل البائع شريكاً على الشيوع ، فضلا عن أنه يمنع من ذلك عدم نفاذ عقد البيع فى حق باقى الشركاء .

---

(١) كتابنا سالف الذكر ، هامش ١ ، ص ٣٣٥ .

وواضح أن ذلك يكون فى العلاقة بين أطراف التصرف ، أما فى مواجهة باقى الشركاء فالتصرف غير نافذ فى حقهم فلا يحتج المشترى عليهم بملكيته للجزء المفرز المتصرف فيه . ولكن بعض الفقهاء يرون أنه يعيب هذا الرأى ما عيب على تشريعات التسجيل التى تفرق فى انتقال الملكية بين المتعاقدين والغير ، إذ من التناقض اعتبار أن الملكية قد انتقلت بالنسبة للبعض ولم تنتقل فى نفس الوقت بالنسبة للبعض الآخر (اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٩٩) .

ولكن من الواضح أن التفريق فى انتقال الملكية بين المتعاقدين والغير ظاهرة عامة معروفة فى القانون لم تبتدع فى شأن تصرف الشريك فى الجزء المفرز خاصة . أما ما قد يبدو فيها من تناقض فهو تناقض ظاهرى فحسب . إذ أنه إذا كان الأصل أن للحقوق العينية صفة مطلقة تجعلها ثابتة بالنسبة للجميع ، الا أنه يمتنع اعمال هذا الأصل إذا حال دون ذلك وجود عقبة قانونية ؛ وهذه العقبة موجودة هنا نتيجة ما هو مسلم من عدم نفاذ التصرف فى حق باقى الشركاء ، فالملكية قد انتقلت ، ولكن هذا الانتقال لا يحتج به على هؤلاء الشركاء لما لهم من حق الاعتراض على تصرف شريكهم الانفرادى .

(٢) وقد يظن أن تسجيل التصرف الصادر من شريك فى جزء مفرز أمر غير ميسور ، ولكن وقائع بعض القضايا تكذب هذا الظن ، إذ تقدم أمثلة على تسجيل عقود صادرة من أحد الشركاء أو بعضهم فى جزء أو أجزاء مفرزة من الشيء الشائع (أنظر على سبيل المثال : نقض ٢٥ يونيه ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ، السنة الرابعة ، ع ٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١١٨٧ - نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ ، المرجع السابع ، السنة التاسعة ، ع ٣ ، رقم ٨٢ ، ص ٦٥٥) .

ولكن بعض الفقهاء (١) يذهبون إلى أن صحة مثل هذا البيع فيما بين أطرافه انما تعني مجرد تملك المشترى حصة شائعة تعادل قدر الجزء المفرز المبيع اليه من الشريك المشتاع فيحل محله – فى حدود هذا القدر – شريكاً مع باقى الشركاء (٢) ؛ على أساس القول بأن المشترى لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه . وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة ، خاصة وأنه – حيث لا يكون جاهلا حقيقة ملكية سلفة الشائعة – يكون مرتضيا بذلك تلقى الملكية عنه بما يلحقها من وصف الشيوع .

غير أن هذا الرأى يحمل ارادة المتعاقدين فوق ما تحتمل . فارادتهما صريحة ظاهرة فى نقل ملكية مفرزة لا شائعة إلى المشترى ؛ واعلانهما ذلك – رغم ما يعلم المشترى من ملكية البائع الشائعة – يفيد – على العكس مما يراه هذا الرأى – انصراف ارادتهما الحقيقية إلى نقل الملكية إلى المشترى خالصة من وصف الشيوع الذى كانت ثابتة به للبائع ؛ ولا تثريب عليهما

---

(١) أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٤١٤ – عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٢.– عبد الفتاح عبد الباقى ، الأموال ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٤ – ٢٠٦ .

(٢) ويكاد يقرب من هذا الرأى رأى أستاذنا الجليل الدكتور عبدالرزاق السنهورى فى شأن حكم بيع الجزء المفرز فى حالة علم المشترى بأن البائع لا يملك الا فى الشيوع ، وقوله خاصة ان المشترى يكون بذلك مرتضياً شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة(الوسيط، ج ٤ ، هامش ٢ ، ص ٣٠١) . غير أن رأى الأستاذ الجليل يختلف مع هذا الرأى مع ذلك فى أنه لا يعتبر بيع الجزء المفرز بأكمله بيعاً لحصة شائعة الا فيما يوازى قدر الحصة الشائعة للشريك البائع فى الجزء المفرز المبيع . أما فيما يوازى حصص باقى الشركاء فى هذا الجزء فهو يعتبره بيعاً لجزء مفرز ، ولكنه جزء لم يعين بالذات وانما يتعين عند القسمة بما ستتركز فيه حصة البائع الشائعة . ويرتب على ذلك أن باقى الشركاء يعتبرون من الغير فى هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة فى الجزء المفرز المبيع ، بينما « ينفذ البيع فى حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة فيحل المشترى محل الشريك البائع فى هذه الحصة ويصبح شريكاً فى الشيوع مع سائر الشركاء » (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٧٠ ، ص ٣٠٤ – قارن مع ذلك ما يذهب اليه البعض فى تأويل رأى الأستاذ الجليل بأنه يتجنب اعتبار المتصرف اليه شريكاً فى المال الشائع : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٧٣ – وأنظر ، على أى حال ، فى مناقشة رأى الأستاذ الجليل : اسماعيل غانم ج ١ ، هامش ٢ ص ١٧٣ و ١٧٤ ؛ ولا حقاً ما سيرد فى شأن حكم التصرف فى الجزء المفرز فى مواجهة باقى الشركاء) .

فى ذلك ، فللشريك المشتاع الحق فى التصرف فى جزء مفرز من الشىء الشائع ويعتبر تصرفه صحيحاً صادراً من مالك وان كان غير نافذ فى حق باقى الشركاء كما سبق البيان .

ولو صح هذا الرأى ، لانعدمت الحاجة إلى اثبات الحق للشريك المشتاع فى التصرف على سبيل الافراز ، ولأغنى عنه حينئذ حقه الثابت فى التصرف فى الحصة الشائعة . ما دام أن تصرفه فى جزء مفرز لا ينتج من الأثر الا ما ينتجه التصرف فى الحصة الشائعة من نقل الحق شائعاً إلى المتصرف اليه واحلاله بذلك — إذا كان التصرف بنقل الملكية — محل المتصرف كشريك على الشيوع .

ولو صح هذا الرأى ، لما كانت هناك حاجة كذلك إلى نص المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى الحالى الذى يحدد مصير ومحل التصرف فى جزء مفرز إذا لم يقع بالقسمة فى نصيب المتصرف . إذ ما دام المشترى لجزء مفرز لا يتملك الا ملكية شائعة يحل بها محل البائع كشريك على الشيوع ، فلا تثور حينئذ مشكلة مصير هذا التصرف . إذ يكون هو المصير الطبيعى للقسمة ذاتها : فيتحدد بالقسمة لكل من الشركاء المتقاسمين — ومن بينهم المشترى — نصيب مفرز تكون له عليه وحده سلطات الملكية الخالصة .

ويقطع بعدم التزام هذا الرأى كذلك صريح النصوص وقصد المشرع أن الماده ٢/٨٢٦ — وهى بصدد تحديد مصير التصرف فى جزء مفرز — تقضى بأنه « إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى **المتصرف** بطريق القسمة » . مما يفترض أن المتصرف — حتى فى الحالات التى يكون التصرف فيها بنقل الملكية — هو المتقاسم . وأن ما يؤول اليه بالقسمة من نصيب ينقل اليه حق المتصرف اليه . بينما مقتضى هذا الرأى اعتبار المتصرف اليه بنقل الملكية هو المتقاسم [١] .

---

(١) فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٣ ، طبعة ١٩٥٦ ، فقرة ٩٦ ، ص ١٦٨ و ١٦٩ — اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٧٣

فهذا الرأى إذن يخالف ارادة المتعاقدين ، ويهدر كل قيمة لحق الشريك الثابت فى التصرف فى جزء مفرز . ويناقض قصد المشرع على السواء . ولذلك قلنا ان تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع ينقل الحق فيما بين أطرافه إلى المتصرف اليه على سبيل الافراز لا على سبيل الشيوع .

٨ ـ لا يصلح التصرف لان يعتبر سببا صحيحا :

إذا كان تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك . فمقتضى ذلك أنه لا يصح اعتباره سبباً صحيحاً يصلح لاكساب المتصرف اليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العينى عليه بمقتضى الحيازة أو التقادم القصير على حسب الأحوال . ذلك أن السبب الصحيح هو ذلك التصرف الصادر من غير صاحب الحق ، والذى من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادراً من صاحبه . وبناء على ذلك ، لا يجوز لمشترى جزء مفرز فى عقار من أحد الشركاء أن يدعى اكتساب ملكية هذا الجزء . إذا كان حسن النية . بمضى خمس سنوات على حيازته اياه . استناداً إلى أن عقد البيع الصادر له من الشريك البائع يعتبر سبباً صحيحاً يؤهل لاكتساب الملكية بالتقادم القصير .

ومع ذلك . فقد ذهبت محكمة النقض منذ قديم . واستقرت أحكامها إلى الآن . على خلاف ذلك . فاعتبرت مثل هذا التصرف سبباً صحيحاً (١) .

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٨ ؛ ص ١٣١ ، المحاماة س ١٣ ، رقم ٦٤ ، ص ١٦١ – نقض ٢٣ أبريل ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج٣ ، رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - نقض ١٦ اكتوبر ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ، س ٩ ع ٣ ، رقم ٨٢ ، ص ٦٥٥ .

وقد جاء فى الحكم الأخير أنه «ما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه اذا باع الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً محدوداً . فان بيعه يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ؛ ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكاً للمبيع كله أو بعضه ، وكان الحكم المطعون فيه قد جانب هذا النظر ، فيكون معيباً بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى وجوه الطعن » .

ويلقى هذا القضاء تأييداً من جانب بعض الفقهاء (١) .

(١) ويكتفى جانب من هؤلاء الفقهاء بالتسليم بقضاء محكمة النقض دون مناقشة أو تبرير (أنظر : أنور سلطان ، هامش ٢ ص ٤١٤ – سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣ – عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٣ ، ص ١٦٤ – عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، هامش ١ ، ص ٣٠٥)

أما البعض الآخر ، فيحاول تبرير هذا القضاء على أساس القول بأن السبب الصحيح حسب تعريف المادة ٣/٩٦٩ «هوسنديصدر منشخص لايكون مالكاً للشيء أو **صاحبا للحق** الذى يراد كسبه بالتقادم» ، والحق المراد كسبه بالتقادم هنا هو حق الملكية المفرزة ، والشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق اذ هو مجرد مالك مشتاع (اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ١ ، ص١٦٧) .

ونراعى بداءة ما هنالك من تناقض بين التسليم فى هذا الرأى بأن حق الشريك المشتاع يرد طوال الشيوع على كل الشىء الشائع (المرجع السابق، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٩) وأن تصرفه فى الجزء المفرز يكون تصرفاً صادراً من مالك فلا يعتبر تصرفاً فى ملك الغير (المرجع السابق ، فقرة ٧٧ ص ١٧٢) ، وبين القول فى نفس الوقت بأن تصرفه يكون صادراً من غير صاحب الحق .

ولا يخفى بعد ذلك ما ينطوى عليه هذا الرأى من قسر لعبارة نص المادة ٣/٩٦٩ . اذ واضح أن المقصود بالتعريف الذى أوردته هذه المادة للسبب الصحيح هو بيان أن هذا السبب ليس مؤدياً – اذا توافرت شروط الحيازة أو شروط التقادم القصير الأخرى – الى اكساب حق الملكية وحده وانما كذلك الى اكساب الحقوق العينية المتفرعة عنه ، ولذلك جاء التعبير فى هذه المادة عن السبب الصحيح بأنه الذى يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء اذا كان المراد كسبه هو حق الملكية ، أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم اذا كان هذا الحق حقاً عينياً متفرعاً عن الملكية. والدليل على ذلك ان المشروع التمهيدى التقنين المدنى الحالى كان يورد حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه فى باب أول ، ويورد أسباب كسب الملكية وما يتفرع عنها فى باب آخر (أنظر : مشروع تنقيح القانون المدنى، المذكرة الايضاحية ، ج ٤ ، ١٩٤٥ ، ص ١) ، فكان من الطبيعى ، اذا تعرض فى الباب الثانى لمصدر شامل لاكساب الملكية والحقوق المتفرعة عنها معاً – كالحيازة أو التقادم – أن يأتى تعبيره عن هذا المصدر مفصحاً عن هذا الشمول ، ببيان أن السبب الصحيح حينما يراد الاستناد اليه فى اكتساب الملكية يجب أن يكون صادراً من غير المالك ، وحينما يراد الاستناد اليه فى اكتساب حق متفرع عن الملكية بهذا التقادم يجب أن يكون صادراً من غير صاحب هذا الحق . واذا كان الرأى قد استقر من بعد على التغيير فى الترتيب الذى اتبعه المشروع التمهيدى بحيث أفرد التقنين الحالى لحق الملكية وأسباب كسبه باباً أول وعرض للحقوق المتفرعة عن حق الملكية فى باب آخر ، فقد بقيت النصوص الخاصة بأسباب الكسب فى جوهرها على الصياغة الاصلية الواردة فى المشروع التمهيدى التى كانت تتحدث عن أسباب الكسب المشتركة بين حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه على هذا الأساس المشترك .

ونعتقد أنه يتعين رفض هذا القضاء (١) . ذلك أنه إذا كان السبب الصحيح هو التصرف القانونى الصادر من غير صاحب الحق والناقل بطبيعته للحق لو أنه صدر من صاحبه ، فتصرف الشريك فى جزء مفرز لا يكون سبباً صحيحاً لأنه تصرف صادر من مالك . وفى القول بغير ذلك مخالفة لنص المشرع من ناحية ، وخروج على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع من ناحية أخرى . فمخالفته للنص ظاهرة ؛ إذ أن ما تقرره المادة ٨٢٦/٢من أنه لا يجوز للمتصرف اليه ابطال مثل هذا التصرف الا على أساس الغلط ، ومن الابقاء على التصرف رغم وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ولكن بايراده على الجزء الذى آل للمتصرف بالقسمة ، فيه نفى قاطع لاعتبار التصرف صادراًمن غير مالك كما سبق البيان . وأما وجه خروجه على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، فواضح من أن هذا التكييف يجعل حق الشريك وارداً طوال الشيوع على كل الشىء الشائع ، بحيث يكون تصرفه ولو فى جزء مفرز منه تصرفاً صادراً من مالك (٢) .

---

(١) أنظر كذلك فى انتقاده : محمد على عرفه ، ج ٢ ، أسباب كسب الملكية ، فقرة ١٣٤ ، ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) تجب الاشارة كذلك الى أن محكمة النقض لاتلتزم فى قضائها ما قدمت له هى نفسها من تعريف للسبب الصحيح . اذ بعد أن تذكر أن «المراد يكون السبب صحيحاً فى هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك او أنه صدر من مالك أهل للتصرف» (نقض ١٦ يونيه١٩٣٢ سالف الذكر) ، مما يعنى انها تشترط لقيام السبب الصحيح كونه من حيث الطبيعة من التصرفات الناقلة (استبعاداً للتصرفات الكاشفة) وكونه من حيث مصدره صادراً من غير مالك (استبعاداً للتصرفات الصادرة من مالك) ، تستطرد فتقرر أن بيع الشريك جزءاً مفروزاً محدوداً يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً اذ هو بيع «ينقل الملك بطبيعته ولذاته ، ويصرف النظر عن كون البائع مالكاً للمبيع كله أو بعضه » (أنظر : نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، و١٦ اكتوبر ١٩٥٨ سالفى الذكر) . فكأنها بذلك تكتفى فى اعتبار هذا البيع سبباً صحيحاً بتحقق كونه تصرفاً ناقلا للملك ، دون تمحيص لما اذا كان شرط صدوره من غير مالك متوافراً أو غير متوافر ، فتحكم بذلك على التصرف بأحد الشرطين اللذين ذكرتهما للسبب الصحيح مستغنية عن الشرط الآخر .

وعلى هذا النحو ، نؤكد وجوب رفض اعتبار تصرف الشريك فى الجزء المفرز سبباً صحيحاً ، ونؤيد فى ذلك ما قضت به بعض محاكم الاستئناف [1] من « أنه لا أساس لدعوى التملك بمضىء المدة القصيرة ، لأن (مشترى الجزء المفرز من شريك) مشتر من مالك ، فتملكه لا ينطبق عليه حكم المدة القصيرة التى لا يجوز التمسك بها الا لمن اشترى من غير مالك مع توافر الشروط الأخرى » .

المطلب الثانى

حكم التصرف فى مواجهة باقى الشركاء

٩ ـ عدم نفاذ التصرف فى حق باقى الشركاء :

سبق أن قلنا ان اعتبار تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع صادراً من مالك . لا ينفى عدم نفاذه فى حق باقى الشركاء ، لأنه رغم ورود حق الشريك المشتاع على كل الشىء الشائع طوال الشيوع الا أن لباقى الشركاء على هذا الشىء نفس السلطات ، مما يفرض تقيد كل منهم فى استعمال سلطاته بعدم المساس بسلطات الآخرين أو الاضرار بهم . وإذا كان الظاهر أن نص المادة ٢/٨٢٦ الخاص بحكم التصرف فى الجزء المفرز لم يعرض لهذا الحكم الا فيما بين أطراف التصرف لا بالنسبة إلى باقى الشركاء . فمقتضاه مع ذلك تأكيد عدم نفاذ التصرف فى حقهم ؛ لأنه وقد قرر حمل التصرف بعد القسمة على الجزء الذى أوقعته فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . يكون قد أظهر عدم نفاذ التصرف فى حق هذا الشريك الواقع الجزء المتصرف فيه فى نصيبه بالقسمة ، وما ذلك الا مجرد استمرار لعدم نفاذه أصلا فى حقه منذ انعقاده .

ويترتب على عدم نفاذ تصرف الشريك فى الجزء المفرز فى مواجهة باقى الشركاء نتائج هامة نذكرها فيما يلى :

---

(١) استئناف القاهرة ٢ مارس ١٩٥٤ (أنظر فى الاشارة اليه والى حيثياته : نقض ١٦ اكتوبر ١٩٥٨ سالف الذكر ، وهو الحكم الذى نقضه) .

١٠ـ حق باقى الشركاء فى رفع دعوى الاستحقاق :

لباقى الشركاء حق الاعتراض على التصرف لتقرير عدم نفاذه فى حقهم ، برفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه (١) .

وإذا كانت محكمة النقض قد ذهبت فى ظل التقنين المدنى القديم إلى انكار حقهم فى رفع هذه الدعوى كما سبقت الاشارة ، فيبدو أنها كانت متأثرة فى ذلك بتكييف تصرف الشريك فى الجزء المفرز بأنه موقوف على نتيجة القسمة ، ولذلك اعتبرت أن المبادرة برفع هذه الدعوى قبل القسمة تكون ادعاء «سابقاً لأوانه خليقاً أن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه» (٢). أما وقد رأينا أن مثل هذا التكييف ليس هو التكييف الصحيح لهذا التصرف . ولا هو بالمستقيم مع حكم التقنين الحالى ، فلم يعد ثم ما يبرر هذا القضاء (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى : أنور سلطان ، فقرة ٤١٦ ، ص ٤١٤ – عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٣ – عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٢ – اسماعيل غانم ، ج ١ فقرة ٧٦ ص ١٦٥ و١٦٦ ، وهامش ٢ ص ١٦٦ – عبد المنعم فرج الصدة ، ج١ ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٣ .

وليس المقصود برفع دعوى الاستحقاق مطالبة الشركاء بنصيب مادى معين من الجزء المفرز المتصرف فيه ، وانما مجرد تأكيد حقوقهم الشائعة فيه فحسب كما هو مذكور فى المتن (أنظر فى نفس المعنى : أنور سلطان ، عبد المنعم البدراوى ، عبد المنعم الصدة ، المواضع السابقة) .

(٢) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج١ ، رقم ٥٨ ، ص ١٣١ .

(٣) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق على مشترى الجزء المفرز من أحدهم ، وذلك تفريعاً على ما يرونه من أن بيع الشريك جزءاً مفرزاً يكون بيعاً لما يملك فى شأن حصته الشائعة فى هذا الجزء ، ولما لا يملك فى شأن حصص سائر الشركاء فيه (سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ – عبد الرزاق السنهورى، الوسيط ،ج ٤ ، فقرة ١٧٠) . والواقع أن المستقيم مع منطق هذا الرأى هو أن يكون منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق قاصراً على ما يوازى حصص الشريك البائع فى الجزء المفرز المبيع دون ما يوازى حصص باقى الشركاء فيه . ولكن يبدو أن بعض أنصار هذا الرأى يجعلون منعهم من رفع هذه الدعوى مطلقاً ، قولا بأن رفعها «يقتضى أن تكون الملكية خالصة لهم وأن لا يكون للمشترى أى نصيب فيها ، وهذا لا يتحقق الا بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع مفروزاً فى نصيب غير البائع =

ولكن إذا كان لباقى الشركاء رفع دعوى الاستحقاق تأكيداً لعدم نفاذ التصرف فى مواجهتهم ، فواضح أنهم يملكون بارادتهم جعله نافذاً فى حقهم ، إذا أقروه جميعاً ، أو أقره منهم من تكون حصصهم – بالاضافة إلى حصة الشريك المتصرف – ثلاثة أرباع الشىء الشائع طبقاً لأحكام المادة ٨٣٢ من التقنين المدنى (١) .

١١ – عدم اعتبار المتصرف اليه بنقل ملكية الجزء المفرز شريكا لباقى الشركاء محل المتصرف :

إذا كان تصرف الشريك فى الجزء المفرز يعتبر فيما بين أطرافه تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك ولكنه غير نافذ فى حق باقى الشركاء ، فمقتضى ذلك أن ما يولده هذا التصرف من آثار فيما بين أطرافه لا يحتج به على باقى الشركاء . ولذلك ، فاذا كان من شأنه – بذاته أو بالتسجيل – نقل

= والمشترى (سليمان مرقس ومحمد على امام، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣) . وعلى أى حال، فقد سبق أن ناقشنا ورفضنا الرأى القائل باعتبار بيع الشريك جزءاً مفرزاً بيعاً لما يملك فى حصته الشائعة فيه ولما لا يملك فى حصص باقى الشركاء الشائعة فيه .

وقارن كذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض من أن ما استقر عليه قضاؤها فى ظل التقنين المدنى القديم من انكار حق رفع دعوى الاستحقاق على باقى الشركاء قبل القسمة هو بعينه نفس ما أخذ به التقنين المدنى الحالى فى المادة ٨٢٦ منه ! ... (نقض ٢٨ يونيه ١٩٠٦ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ، س ٧ ، ع ٢ ، رقم ١٠٧ ص ٧٦٠) . ونراعى بداءة أن القضية الصادر فيها هذا الحكم كانت خاضعة للتقنين المدنى القديم ، فاستطراد المحكمة الى بيان أحكام التقنين المدنى الحالى كان تطوعاً من جانبها ليس من حاجة تدعو اليه . ومن ناحية أخرى ، فتأكيدها مبدأرفض دعوى الاستحقاق من جانب باقى الشركاء لم يكن ثم ما يقتضيه من وقائع الدعوى (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ص ١٦٦) . فاذاأمكن التغاضى عن كل ذلك ، فيبقى أن نسبتها هذا المبدأ الى التقنين المدنى الحالى كذلك والى المادة ٨٢٦ منه خاصة غير صحيح . فمقتضى نص هذه المادة – فضلا عن مقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع – اعتبار التصرف رغم صحته فيما بين أطرافه ، غير نافذ فى حق باقى الشركاء كما سبق البيان ، مما يعطيهم بالتالى الحق فى تأكيد حقوقهم الشائعة فى الجزء المفرز المتصرف فيه عن طريق رفع دعوى الاستحقاق (أنظر كذلك فى انتقاد هذا الحكم : عبد المنعم فرج الصدة ، ج١ ، هامش ١ ص ١٧٣ و ١٧٤) .

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج١ ، هامش ٢ ، ص ١٦٧ .

الحق على الجزء المفرز إلى المتصرف اليه فيما بين أطراف التصرف كما رأينا ، فان هذا الحق لا يكون قائماً أو نافذاً فى مواجهة باقى الشركاء . فاذا كان التصرف بنقل الملكية مثلا بالبيع ، فان المتصرف اليه أو المشترى لا يحل — كما سبق البيان — شريكاً محل الشريك المتصرف أو البائع (١) ؛ اذ هو من ناحية قد اشترى جزءاً مفرزاً لاحصة شائعة تدخله فى الشيوع ، والتصرف أو البيع الصادر اليه غير نافذ فى حق باقى الشركاء من ناحية أخرى .

وينبنى على عدم اعتبار المتصرف إليه بنقل ملكية الجزء المفرز شريكاً مع باقى الشركاء نتائج نعرض لأهمها فيما يلى :

١ — لا يكون من حق مشترى الجزء المفرز أو المتصرف اليه بنقل ملكية هذا الجزء عموماً حق مشاركة باقى الشركاء فى إدارة الشىء الشائع أو التصرف فيه إدارة أو تصرفاً يتقرر بالاجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك المتصرف أو البائع وحده ، الذى يحتسب صوته — بقدر ماله من حصة فى الشىء الشائع — عند استكمال الاجماع أو احتساب الأغلبية (٢) .

---

(١) أنظر كذلك فى نفس المعنى : اسماعيل غانم ، فقرة ٧٧ ، ص ١٧٣ ؛ وهامش ٤ ص ١٧٩ . ولكن أنظر عكس ذلك : أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣ — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٢ — سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ — عبد الرزاق السنهورى الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٧٠ (غير أنه يراعى أن الأستاذ الجليل لايطلق القول باعتبار مشترى الجزء المفرز شريكاً لباقى الشركاء ، بل يقيده ويجعله شريكاً بالنسبة الى حصة الشريك الشائعة فى الجزء المفرز المبيع ، أخذاً بما يراه من أن البيع بالنسبة الى هذه الحصة يكون بيعاً لما يملكه البائع ، أما باقى حصص الشركاء فى هذا الجزء فيكون بيع الشريك لها بيعاً لما لا يملك (أنظر كذلك : المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٠) .

(٢) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٤ ، ص ١٧٩ و ١٨٠ . وأنظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٤ ابريل ١٩٤٠ ، المحاماة ، س ٢١ ، رقم ٣١ ، ص ٤٦ — سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣ — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ٣٠٥ .

ولكن يكون من حق المتصرف اليه أو مشترى الجزء المفرز ادارته والتصرف فيه ، كل ما فى الأمر أن ما يقوم به من ذلك لا يكون ملزماً أو نافذاً فى حق باقى الشركاء ، طالما أن نفس التصرف أو البيع الذى نقل اليه الحق أو الملكية على هذا الجزء غير نافذ أصلا فى حقهم .

٢ — ما دام أن المتصرف اليه أو مشترى الجزء المفرز لا يصبح شريكاً لباقى الشركاء بل يبقى للشريك المتصرف أو البائع وصفه كشريك ، فمقتضى ذلك أن الشريك المتصرف أو البائع وحده — دون المتصرف اليه أو المشترى — هو الذى يثبت له حق طلب القسمة ويجب اختصامه فى دعواها . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى خلاف ذلك ، إذ قررت أنه « بتسجيل المشترى (جزءاً مفرزاً) لعقده ، تنتقل الملكية اليه ويصبح شريكاً لباقى الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة ان لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده »(١) .

غير أن من الواضح أن هذا القضاء لا يستقيم الا على أساس القول بأن تصرف الشريك فى جزء مفرز يكون صحيحاً ولكن باعتباره تصرفاً فى حصة الشريك الشائعة وبالتالى يكون نافذاً فى حق باقى الشركاء . وقد سبق لنا انتقاد هذا الرأى ؛ فنكتفى هنا بالتذكير بأن فيه ، هو ونتيجته المترتبة عليه من اعتبار المتصرف اليه فى الجزء المفرز شريكاً محل الشريك المتصرف ، مخالفة لصريح نص المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى الذى يقضى بأنه « إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب **المتصرف** ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى **المتصرف** بطريق القسمة » ؛ إذ معنى ذلك أن المتصرف وحده هو المتقاسم الذى تجرى القسمة بينه وبين باقى الشركاء ، لأنه — وليس المتصرف اليه — هو الذى يعتبر شريكاً (٢) .

---

(١) نقض ٢٨ يونية ١٩٥٦ سالف الذكر . وأنظر كذلك فى نفس المعنى : استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ سالف الذكر ، حيث يقرر الحكم «أنه وان كان من المبادىء القانونية الراجحة أن بيع الشريك على المشاع لقدر مفروز يعتبر معلقاً على نتيجة القسمة ، غير ان من الخطأ اعتبار حق المشترى من ذلك الشريك والذى سجل عقده قبل القسمة موقوفاً فى الفترة بين تاريخ صدور البيع وبين اجراء القسمة . لأن المشترى — بتسجيله عقده — يصبح شريكاً للورثة من تاريخ التسجيل حتى مع التسليم بأنه ما كان للبائع أن يبيع قدراً مفروزاً».

(٢) أنظر فيما هنالك من تعارض ، فى رأى بعض القائلين باعتبار مشترى الجزء المفرز مالكاً على الشيوع ، بين هذا القول وبين تحدثهم فى نفس الوقت عن وقوع أو عدم وقوع المبيع فى نصيب **البائع** بالقسمة (أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣)؛ إذ كيف يستقيم اعتبار المشترى هو الشريك واعتبار البائع هو المتقاسم ؟

ولذلك لم يعد مثل هذا القضاء مستقيما مع أحكام التقنين المدنى الحالى ، ولا مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سبق البيان ، فيجب العدول عنه .

وعلى هذا النحو ، إذا كان التصرف فى الجزء المفرز بنقل الملكية ، فلا يحل المتصرف اليه شريكاً محل الشريك المتصرف ، ولا يتقاسم الشىء الشائع بالتالى مع باقى الشركاء (١) ؛ وما ذلك الا النتيجة الطبيعية لعدم نفاذ التصرف فى حقهم (٢) . ومعنى ذلك أنه لا يكون للمتصرف اليه حق رفع دعوى القسمة على باقى الشركاء بوصفه شريكاً ، وانما يظل هذا من حق الشريك المتصرف ؛ ولا يجب على الشركاء الذين يرفعون دعوى القسمة اختصامه فيها بوصفه متقاسماً ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا الوصف (٣) .

٣ – ما دام المتصرف اليه أو مشترى الجزء المفرز لا يصبح شريكاً لباقى الشركاء لعدم نفاذ التصرف أو البيع فى حقهم بحيث يظل المتصرف أو البائع هو المعتبر شريكاً معهم ، فمقتضى ذلك أنه إذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة فى الشىء الشائع ، فليس لمشترى الجزء المفرز أو المتصرف اليه

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٩٣ ، ص ٢١٨ – عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ فقرة ١٤١ ، ص ١٩٠ .

وقارن مع ذلك : سليمان مرقس ومحمد على امام ، الموضع السابق – محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٣٢٣ – عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق (ولكن يلاحظ أن منطق الأستاذ الجليل فى اعتبار باقى الشركاء من الغير فى بيع الشريك جزءاً مفرزاً بالنسبة إلى حصصهم الشائعة فى هذا الجزء ، واعتبار هذا البيع نافذا فى حقهم بالنسبة إلى *حصة الشريك الشائعة فيه بحيث يحل المشترى محل البائع فى هذه الحصة شريكاً فى الشيوع ، انما يسلم منطقاً إلى وجوب عدم اعتبار المشترى* متقاسماً مع باقى الشركاء الا فيما يتعلق بهذه الحصة الشائعة فى الجزء المفرز المبيع لا فيما يتعلق بحصص باقى الشركاء فيه) .

(٢) قارن مع ذلك ما يذهب اليه البعض من عدم اعتبار مشترى الجزء المفرز متقاسماً على أساس أنه ليس بمالك الا تحت شرط ، ولا يتحقق هذا الشرط الا إذا حصلت القسمة فأوقعت الحصة المبيعة فى نصيب البائع (محمد كامل مرسى ، ج ٢ ، فقرة ١٠٨ ، ص ١٤٦) .

(٣) لكن يمكن للمتصرف اليه – **بوصفه دائنا لا شريكا** – أن يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله ، بل ويجب على الشركاء ادخاله فى دعوى القسمة إذا كان تصرفه مسجلا قبل رفعها (أنظر : اسماعيل غانم ، ج ١ ، الموضع السابق ؛ وفقرة ١٠٠ ، ص ٢٣١) .

به أن يطالب بوصفه شريكا باسترادادها (إذا كانت فى منقول أو مجموع من المال طبقا لأحكام المادة ٨٣٣) أو بأخذها بالشفعة (إذا كانت فى عقار طبقاً لأحكام المادة ٩٣٦/ب) ؛ إذ الاسترداد أو الشفعة رخصة مقررة فى هذا الصدد للشركاء فى الشيء الشائع الذى بيعت حصه شائعة فيه ، وليس المتصرف اليه بجزء مفرز أو مشتريه بشريك فى ملكية الشيء الشائع . وقد استقرت محكمة النقض على ذلك ، مقررة « أن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه الا بسنده وفى حدوده ، أى باعتباره مالكاً ملكية مفرزة ... وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى . ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بارادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعاً .. ومن ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع فى العقار المبيع متعينة الرفض، والنعى (على الحكم القاضى بذلك) بأنه أخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس» (١) .

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ؛ السنة الثانية رقم ٢١ ، ص ١٠٩ .

وقد أكدت محكمة النقض فى حكم آخر من بعد استقرارها على هذا المبدأ فى قضية كان مشترى الجزء المفرز قد عاد فاشترى حصتين شائعتين فى الشيء الشائع وطالب شريك آخر بالأخذ بالشفعة ، فدفع دعواه بأنه بشراء الجزء المفرز أولا قد أصبح شريكاً فى الشيء الشائع يحجب الشريك المطالب بأخذ الحصتين الشائعتين بالشفعة . ولكن محكمة النقض أيدت الحكم القاضى برفض هذا الدفع ، على أساس أنه لا يصبح شريكاً بمقتضى عقد بيع الجزء المفرز اليه (نقض ٢٥ يونية ١٩٥٣ ، المرجع السابق ، السنة الرابعة ، رقم ١٩٠ ، ص ١١٨٧) .

ولكن محكمة النقض استطردت فى الحكمين المتقدمين فذكرت أن مشترى الجزء المفرز الذى لا يستطيع الأخذ بالشفعة بوصفه شريكاً يستطيع ذلك بوصفه جاراً ، مقررة أنه « لا يستطيع أن يجابه المشفوع منه الا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكاً ملكية مفرزة ؛ ومن ثم فانه لا يكون له أن يشفع الا بصفته جاراً ملاصقاً . »

وليس من المفهوم أن يكون المقصود بذلك حالة ما إذا كان المشفوع فيه هو حصة شائعة مبيعة من أحد الشركاء الآخرين ، لأن بيع الجزء المفرز غير نافذ فى حقهم ، فلا تكون ملكية المشترى لهذا الجزء ولا ما يترتب عليها من اعتباره جاراً ملاصقاً حجة عليهم بالتالى . وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى حمل قول محكمة النقض على أنه انما يفترض أن الشركاء الآخرين قد أقروا بيع الشريك للجزء المفرز بما يجعله نافذاً فى حقهم ، إذ يحق للمشترى حينئذ الاحتجاج عليهم بملكيته لهذا الجزء و المطالبة بالشفعة على أساس أنه جار ملاصق (اسماعيل غانم ، هامش ٢ ص ١٩٩ ، =

=أنظر بقية الهامش ص ٢٠١) . ولكن من الواضح أن اجازة أخذ مشترى الجزء المفرز الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة بوصفه جاراً ملاصقاً فى حالة اقرار باقى الشركاء عقده أمر بديهى لاخلاف عليه أمام ما للاقرار من أثر فى جعل هذا العقد حجة عليهم بكل ما يترتب على ذلك من نتائج ، فلم تكن محكمة النقض بحاجة إلى استخلاص حكم كهذا هو تحصيل حاصل .

لذلك نعتقد أن قول محكمة النقض ان مشترى الجزء المفرز لا يستطيع أن يشفع الا بوصفه جاراً ملاصقاً ، لا تبدو أهميته والحاجة إلى ذكره الا حيث يكون المشفوع فيه عقاراً آخر مجاوراً غير العقار الشائع الذى اكتسب هذا المشترى ملكية جزء مفرز منه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش ص ٣٣٦) . ولا يمنع من ذلك ألا يكون فى وقائع القضيتين المعروضتين على محكمة النقض الصادر فى شأنهما الحكمان المتقدمان ما يبرر تعرض المحكمة لشفعة مشترى الجزء المفرز عند بيع عقار مجاور غير العقار الشائع ، فذلك من باب الاستطراد المناسب الذى كثيراً ما تجرى عليه محكمة النقض لتقرير بعض المبادىء العامة فى خصوص بعض المسائل المتصلة بالمسألة المعروضة .

ويعترض بعض الفقهاء على هذا التأويل بأنه يجعل حق مشترى الجزء المفرز قائماً فى مواجهة الكافة غير باقى الشركاء ، وهم لا يوافقون أصلا على قدرة التصرف فى الجزء المفرز على توليد آثار عينية حتى فيما بين أطرافه ، فمن باب أولى فى مواجهة الكافة غير باقى الشركاء (أنظر : اسماعيل غانم ، هامش ص ٢٠٠) . ولكننا قد أبنا عن قدرة التصرف فى الجزء المفرز على توليد هذه الآثار العينية فيما بين أطرافه دون الاقتصار على مجرد الالتزامات الشخصية ؛ ويبدو أن محكمة النقض نفسها تقرر ذلك فى الحكمين المتقدمين بانكار حق مشترى الجزء المفرز فى الأخذ بالشفعة بوصفه شريكاً ، على أساس أنه لم يتلق من الشريك البائع الا ملكية مفرزة فحسب . والأصل أن الحق العينى إذا ثبت للشخص يكون حجة على الكافة ، الا أن يوجد مانع يحول دون ذلك بالنسبة إلى بعض الأشخاص ، مثل عدم نفاذ التصرف فى مواجهة أشخاص معينين ، كما هى الحال فى هذا الشأن حيث يكون التصرف فى الجزء المفرز غير نافذ فى حق باقى الشركاء . وحينئذ ينتج هذا المانع أثره ، ولكن فى مواجهة من يتوافر فى حقهم فحسب وهم باقى الشركاء . أما غيرهم من الكافة ، فيظل للحق العينى الثابت لمشترى الجزء المفرز وجوده وحجته عليهم . ولذلك فاذا كان التصرف فى الجزء المفرز ينتج آثاره العينية فيما بين أطرافه فيكسب المتصرف اليه الحق العينى – بذاته أو بالتسجيل على حسب الأحوال – على هذا الجزء ، فان هذا الحق العينى يكون حجة على الكافة غير باقى الشركاء لأنهم هم وحدهم الذين يمتنع نفاذ التصرف فى حقهم .

أما ما يقال من أن الاعتراف بحق مشترى الجزء المفرز فى مواجهة الكافة غير باقى الشركاء يؤدى إلى صعوبات عديدة ونتائج شاذة فى حالة تعدد تصرف أكثر من شريك فى نفس الجزء المفرز (اسماعيل غانم ، الموضع السابق) ، فيتجاهل الواقع من أن التصرف فى الجزء المفرز لا يعرض عملا الا حيث يكون فى مكنة الشريك المتصرف أو البائع تمكين المتصرف اليه أو المشترى من وضع يده على الجزء المفرز خالصاً من مزاحمة الغير ، وهو ما يتحقق عادة حيث يكون الشركاء المشتاعون متهايئين أصلا مهايأة مكانية تخص كلا منهم بوضع يده على جزء مفرز والانتفاع=

=به دون مزاحمة الباقين ؛ وامام ذلك لاتكون صورة تصرف أكثر من شريك فى نفس الجزء المفرز صورة عملية

ومع ذلك ، فلو امكن تصور تحقق هذه الصورة عملا ، فيتساءل هؤلاء الفقهاء عما إذا كان يجوز لكل من المشترين لنفس الجزء المفرز أن يطلب الشفعة إذا ما بيع العقار المجاور . والواقع أنه يمكن أن نفرق حينئذ بين حالتين : فاما أن يتقدم هؤلاء المشترون وحدهم بطلب الشفعة فى العقار المجاور ، وإما أن يتقدم معهم بطلبها بقيه الشركاء . ففى الحالة الأولى ، وكل من المشترين يطالب بالشفعة على أساس أنه المالك الوحيد للجزء المفرز الملاصق ، يمكن القول بأن تعارض أسانيد الملك هنا يؤدى إلى تهاترها ، خاصة وأنه لا يمكن المفاضلة بينهم لأنهم غير مشترين من نفس الشخص ولكل من البائعين لهم حق ملكية على كل الشىء الشائع بما فيه الجزء المفرز المبيع ؛ وهو ما يفيد المشفوع ضده فيستطيع دفع دعوى الشفعة لعدم ثبوت الملك لأحد من المشترين أمام هذا التعارض المتهاتر . وأما فى الحالة الثانية ، حيث يزاحم باقى الشركاء (أو بعضهم أو أحدهم) مشترى الجزء المفرز فى طلب الشفعة ، فن حق هؤلاء الشركاء بهذه المناسبة تأكيد حقوقهم الشائعة فى الجزء المفرز نتيجة عدم نفاذ البيوع الواردة عليه فى حقهم وطلب استبعاد هؤلاء المشترين بالتالى ، ومن شأن ذلك تغليب حق الشركاء والاعتراف لهم وحدهم بالأخذ بالشفعة دون المشترين .

المبحث الثانى

مصير التصرف بعد القسمة

١٢ - تمهيد :

أيا كان التكييف الذى يعطى قبل القسمة لتصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع ، فلاشك فى أهمية عملية القسمة ونتيجتها فى تحديد مصير هذا التصرف نهائياً . وإذا كان للقسمة هذا الأثر البالغ فى تحديد مصير مثل هذا التصرف ، الا أن المتصرف اليه – ولو كان التصرف بنقل الملكية – لا يعتبر طرفاً فيها سواء أجريت اتفاقاً أو قضاء ، لأن أطراف القسمة هم الشركاء ، وليس من شأن هذا التصرف احلاله شريكاً محل الشريك المتصرف كما سبق البيان . ولكن المتصرف اليه ، سواء كان التصرف بنقل الملكية أو بتقرير حق عينى آخر ، يعتبر دائناً للشريك المتصرف ، فيجب ادخاله بهذا الوصف وحده فى اجراءات دعوى القسمة (١) فى حال معارضته

---

(١) واضح من نص المادة ١/٨٤٢ من التقنين المدنى أن وجوب ادخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم قاصر على القسمة القضائية وحدها . أما القسمة الاتفاقية ، فليس للدائنين أن يطعنوا فيها الا بطريق الدعوى البوليصية (المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج٦ ، ص١٢٠) . وهذا هو ما يستقر عليه جمهور الفقهاء (فى هذا المعنى : محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٣٠، ص ٤٤٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٨، ص ١٩٠ .– عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٥٤ ، ص ٢٣٣ – كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٢٦ ، ص٢٦٣.– عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، فقرة ١٤٤ ، ص ١٩٦) .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن واجب ادخال الدائنين المعارضين ينصرف كذلك الى القسمة الاتفاقية ، وان كانوا يسلمون بأن واجب ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم دون توقف على معارضة من جانبهم قاصر على القسمة القضائية وحدها (اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٠٠ ص٢٣٢ و٢٣٣) .

واذا كان مبنى هذا الرأى هو انعدام المبرر المعقول للتفرقة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية فى هذا الشأن ، فان ذلك يمكن أن ينهض فى الواقع مبرراً لانتقاد النص والمطالبة بتعديله ، ولكنه لايصلح سنداً للخروج عليه (قارن : عبد المنعم فرج الصدة ، الموضع السابق). =

أو شهر حقه قبل رفع الدعوى (م ٨٤٢/١ مدنى) ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقه .

وقبل أن نعرض لحكم ومصير التصرف فى الجزء المفرز بعد اجراء القسمة فى التقنين المدنى الحالى ، وهو ما يعنينا أساساً ، يجب أن نمهد لذلك — كما مهدنا فى شأن حكم هذا التصرف قبل القسمة — ببيان مصيره فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم .

١٣ — مصير التصرف فى القانون الفرنسى :

إذا كان الخلاف قائماً فى القانون الفرنسى حول حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع قبل القسمة على النحو الذى بيناه ، فلا خلاف على مصير هذا التصرف بعد القسمة . ذلك أن المادة ٨٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى تقضى بأن «كل وارث يعتبر أنه ورث وحده وفى الحال كل الأشياء التى يتضمنها نصيبه المقسوم أو التى آلت اليه بالتصفية ، وأنه لم تكن له أبداً ملكية بقية أشياء التركة » . وبناء على هذا النص الذى يقرر الأثر الكاشف للقسمة ويعطيها أثراً رجعياً كذلك ، يستقر الرأى فى القانون الفرنسى على أن مصير التصرف فى الجزء المفرز من الشىء الشائع يتحدد تبعاً لنتيجة القسمة على النحو التالى :

١ — يتأكد التصرف ويستقر نهائياً على ذات محله إذا أوقعت القسمة

= فضلا عن أن هذا الرأى لم يستطع الوصول الى تسوية كاملة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية ، حيث ما يزال يسلم بأن وجوب ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم دون معارضة من جانبهم قاصر على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية نزولا على صريح عبارة النص بأن المقصود بهؤلاء الدائنين أولئك «المقيدة حقوقهم قبل رفع **دعوى القسمة**» ، وذلك رغم افتقاد المبرر المعقول — فى ضوء هذا الرأى — للتفرقة بين نوعى القسمة فى هذا الشأن كذلك .

فنص المادة ١/٨٤٢ ، فيما يفرضه من وجوب ادخال الدائنين المعارضين والمقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، قاصر اذن — فى صيغته الراهنة — على القسمة القضائية وحدها دون القسمة الاتفاقية ؛ وان كان ذلك لا ينفى أن حكمه قد يكون محلا للنظر .

للشريك المتصرف الجزء المفرز المتصرف فيه (١) . فلا يستطيع المتصرف اليه إذن المطالبة بعد القسمة بابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك ؛ فان الحق فى المطالبة بالابطال الذى يثبت له قبل القسمة — سواء بالنسبة لحصص باقى الشركاء فى الجزء المتصرف فيه ، أو بالنسبة لكل هذا الجزء ، على حسب الأحوال — يتلاشى بحصول القسمة وايقاعها هذا الجزء فى نصيب الشريك المتصرف (٢) .

٢ — إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، يتأكد بصفة نهائية وقاطعة اعتبار التصرف صادراً من غير مالك . ومقتضى حكم التصرف فى الجزء المفرز قبل القسمة من اعتباره — طبقاً للرأى السائد فى القانون الفرنسى — تصرفاً فى ملك الغير على الأقل فيما يوازى حصص باقى الشركاء ، ومقتضى الأثر الرجعى للقسمة الذى تقرره المادة ٨٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى والذى يؤكد هذا الاعتبار بعد القسمة إذا لم يقسم الجزء المتصرف فيه للشريك المتصرف ، أن يظل للمتصرف اليه بعد القسمة الحق فى طلب الابطال ، ولكن على أن يصبح الابطال للتصرف بكامله (٣) ، وذلك تطبيقاً لأحكام التصرف فى ملك

---

(١) Beudant et Le Balle, t. V bis, Les successions ab intestat, 2e éd., 1936, No 738, p. 421. — Beudant et De La Gressaye, op. cit., t. XI, No. 109, p. 77. — Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions, 2e. éd., 1956, Nos. 664, 667.

(٢) وكل هذا يفترض أن الابطال لم يتقرر قبل اجراء القسمة . ولذلك فرفع المتصرف اليه الدعوى بطلب الابطال قبل القسمة ، لايحول دون تأكد التصرف واستقراره نهائياً على نفس محله طالما أن القسمة أجريت قبل اصدار الحكم فى هذه الدعوى وأوقعت الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف (فى هذا المعنى :

Aubry, Rau et Esmein, op. cit., t. V, No. 351, note "57", p. 43. — Encyclopédie Dalloz, t. V., V. vente, No. 374, p. 618.)

(٣) فالابطال الجزئى قبل القسمة فى شأن حصص باقى الشركاء وحدها ، يتحول بعد القسمة الى ابطال شامل لكل الجزء المفرز المتصرف فيه نتيجة ايقاعه بالقسمة فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . (أنظر : Encyclopédie Dalloz, t. V, V. Vente, No. 376, p. 618.)

الغير (١) . ويكون للشريك المقسوم له الجزء المفرز المتصرف فيه الحق فى المطالبة باسترداده من تحت يد الشريك المتصرف أو المتصرف اليه .

١٤ ـ مصير التصرف فى التقنين المدنى المصرى القديم :

سبق أن رأينا الخلاف القائم فى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم حول حكم تصرف الشريك فى الجزء المفرز قبل القسمة ، وتراوح القول بين قابلية التصرف للابطال لصدوره من غير مالك وبين تعليقه على نتيجة القسمة ؛ وهذا الرأى الأخير كان هو الرأى الراجح كما سبقت الاشارة. وعلى أى حال ، فأيا كان الخلاف حول تكييف وحكم التصرف قبل القسمة ، فلم يثر خلاف حول تحديد مصيره بعد القسمة . ومرجع ذلك فكرة الأثر

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة قول «بيدان» و«لاجريساى» :

"Si .. par l'effet du partage, le bien vendu est mis tout entier dans le lot d'un cohéritier du vendeur, la vente sera désormais assimilable, purement et simplement *à la vente d'une chose d'autrui non indivi*e". (Beudant et De La Gressaye, ibid.).

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى القول بأن التصرف أو حق المتصرف اليه ينعدم أو يختفى (أنظر خاصة :

Beudant et Le Balle, t. V bis, i bid. — Planiol , Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, No. 664. — Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après Le Traité de Planiol, t. IV, 1959, Nos. 3158, 5159, 3162.—Merle , Essaide contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, Thèse Toulouse, 1949, No. 166, p. 228; No. 177, p.245).

ويبدو أن القائلين بذلك ينساقون – عن قصد أو عن غير قصد – وراء التصوير القديم المنتقد الذى يعتبر تصرف الشريك فى جزء مفرز معلقاً على شرط واقف هو وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ؛ بحيث اذا تخلف الشرط بوقوع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر اعتبر أن التصرف لم يوجد أصلا منذ الابتداء . والواقع أن منطق الرأى السائد فى القانون الفرنسى من اعتبار التصرف قابلا للابطال قبل القسمة على أساس صدوره من غير مالك ، يقتضى استمرار وتأكد القابلية للابطال – فيما بين أطراف التصرف ولمصلحة المتصرف اليه – بعدالقسمة اذا أوقعت الجزء المفرز المتصرف فيه فى غير نصيب المتصرف ، دون حاجة الى القول بانعدام التصرف أصلا منذ البداية (أنظر كذلك فى انتقاد فكرة التعليق على الشرط عموماً ، وخاصة من حيث أثرها بعد القسمة :

Lebret, Du sort des droits consentis sur des biens indivis, Revue critique de législation et de Jurisprudence, 1928, pp. 407 et s. v., pp. 419 — 422).

الرجعي للقسمة التي كان يقررها المشرع المصرى أخذا عن القانون الفرنسى ، فقد كانت المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى الأهلى (١) القديم تنص على أن « كل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت » .

فصير التصرف بعد القسمة كان يتحدد اذن تبعاً لنتيجتها ووفقاً لأثرها الرجعي ، اما بتأكد صدوره أصلا من مالك ، واما بتأكد صدوره أصلا من غير مالك . فاذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، صح التصرف ونفذ نهائياً على نفس محله باعتباره صادراً أصلا من مالك (٢) . أما اذا لم توقع القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف وانما أوقعته لشريك آخر غيره ، فيتأكد صدور

(١) كان التقنين المدنى المختلط صريحاً فى نفى الأثر الكاشف عن القسمة واعتبارها ناقلة لحق كل متقاسم ، اذ كان ينص فى المادة ٥٥٥ منه على أن «قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته قبل القسمة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع» .
ورغم صراحة هذا النص فى اعتبار القسمة ناقلة لحق المتقاسم ، الا أن القضاء المختلط لم يلبث أن استقر على الخروج على حكمه واعتبار القسمة - كما هو مقرر فى التقنين الأهلى - كاشفة لهذا الحق ، بدعوى أن المشرع المصرى لم يقصد مخالفة القانون الفرنسى فى هذا الشأن (أنظر فى ذلك : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ج٢ ، ١٩٤٩ ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٦٥) .

(٢) ومع ذلك ، فقد ذهب حكم فريد لمحكمة الاستئناف المختلطة(١٠ مارس ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩١ ، ص ٩١) الى عكس ذلك ، معتبراً أن التصرف يكون من قبل القسمة باطلا بطلاناً مطلقاً بحيث لا يصححه من بعد وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف بالقسمة ، وهذا نص عبارته فى هذا الشأن :

"La nullité radicale de la vente d'un bien divis avant le partage, ne permet pas sa validation ultérieure par le partage, dans le cas où celui ci attribuerait au vendeur la partie divise qui surait fait l'objet de l'aliénation".

وظاهر ما فى هذا الحكم من شذوذ ومخالفة للمسلم فى القواعد العامة كما سبق أن بينا ؛ فحتى لو سلمنا بما يذهب اليه هذا الحكم من اعتبار تصرف الشريك فى الجزء المفرز قبل القسمة تصرفاً فى ملك الغير ؛ لكان التصرف قابلا للابطال لا باطلا بطلاناً مطلقاً ؛ وفضلا عن ذلك ، فن المسلم أن التصرف فى ملك الغير ينقلب صحيحاً فى حق المتصرف اليه اذا آلت ملكية الشيء المتصرف فيه الى المتصرف من بعد .

التصرف أصلا من غير مالك . ومقتضى ذلك اجراء أحكام التصرف فى ملك الغير عليه بعد القسمة فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه ، ويكون ذلك مجرد استمرار للحكم الأصلى المعطى للتصرف قبل القسمة فى الرأى الذى كان يعتبره تصرفاً فى ملك الغير ، بينما يكون جلاء لحكم التصرف الذى كان موقوفاً فى فترة الشيوع فى الرأى الراجح الذى كان يمتنع عن الحكم على التصرف انتظاراً لوقوع القسمة وما تسفر عنه من نتيجة ؛ فيكون للمتصرف اليه اذن حق ابطال التصرف بعد القسمة اذا أوقعت الجزء المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف (١) . ويكون التصرف غير نافذ فى حق

---

(١) فى هذا المعنى :

البلينا الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠، المحاماة ، س ١ ، رقم ٦٧ ، ص ٣٥٤ . — استئناف مختلط ٢٤ فبراير ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ ، حيث يقرر الحكم مايلى :

"La validité de la vente consentie avant le partage, par un copropriétaire sur un bien divis et déterminé, reste soumise aux résultats du partage ultérieur : si le bien est attribué à d'autres copropriétaires que le vendeur, ceux-ci seront en droit de demander la nullité de la vente".

وقارن مع ذلك : أجا الجزئية ٢٥ مارس ١٩٢٥ ، المحاماة ، س ٥ ، رقم ٥٦٩ ، ص ٦٩٥ ، الذى يقرر أن «الشريك على الشيوع اذا باع نصيبه مفروزاً كان بيعه **معلقا على شرط توقيفى**. فاذا وقعت العين المبيعة فى نصيب البائع نفذ البيع وجرى حكمه من تاريخ التعاقد، **اما اذا لم يتحقق الشرط بان وقعت العين المبيعة فى نصيب شريك غير البائع لم يقع البيع**» . وظاهر أن هذا الحكم يتأثر ببعض ما يوجد فى القانون الفرنسى من آراء، سبق انتقادها، تعتبر التصرف معلقاً على شرط واقف . وهو يخلط على أى حال بين تعليق التصرف على شرط واقف هو وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف وبين ما كان يقصده الرأى الراجح فى ظل التقنين المدنى القديم من اعتبار التصرف موقوفاً أو معلقاً على نتيجة القسمة بمعنى عدم البت فى صحته أو ابطاله الا بعد القسمة وتبعاً لنتيجتها ، رغم ما هنالك من فارق كبير بين التصورين ؛ حيث يترتب على التصور الأول انعدام التصرف أصلا نتيجة تخلف الشرط بوقوع الجزء المفرز المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف ، بينما يترتب على التصور الثانى اعتبار التصرف تبعاً لنتيجة القسمة هذه قابلا للابطال لمصلحة المتصرف اليه باعتبار ما تبين بالقسمة من صدور التصرف من غير مالك .

الشريك الآخر المقسوم له الجزء المفرز المتصرف فيه، فيملك رفع دعوى الاستحقاق بعد القسمة (١) مطالباً باسترداده .

١٥ – نظرة تقديرية على احكام مصير التصرف فى القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى القديم :

اذا استبعدنا الفرض الذى توقع القسمة فيه للشريك المتصرف الجزء المفرز المتصرف فيه باعتبار أن ما يترتب عليه من تأكيد التصرف واستقراره نهائياً على ذات محله هو المصير الطبيعى المسلم للتصرف ، فيتعين مناقشة وتقدير الرأى السائد فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم فى شأن مصير هذا التصرف فى الفرض الثانى حيث توقع القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف .

ونراعى بداءة أن تحديد مصير التصرف بعد القسمة فى هذا الفرض على النحو الذى بيناه ، انما أسند أساساً إلى فكرة الأثر الرجعى للقسمة ؛ إذ بنى على الأخذ بظاهر هذه الفكرة أن التصرف الذى وقع محله بالقسمة فى نصيب غير المتصرف يعتبر كأنما كان صادراً منذ البداية من غير مالك ، وبالتالى يكون للمتصرف اليه بعد القسمة المطالبة – وفقاً لأحكام التصرف فى ملك الغير – بابطال التصرف ، سواء كان عالما أو جاهلا بحقيقة ملكية المتصرف الشائعة .

ودون حاجة إلى الدخول فى مناقشة فكرة الأثر الرجعى للقسمة وبيان انعدام جدواها فى تحقيق الغرض المقصود منها (٢) – إذ يجاوز ذلك نطاق

---

(١) سبق أن أشرنا الى أن محكمة النقض كانت ترفض اعطاء باقى الشركاء المطالبة بالاستحقاق فى الجزء المفرز المتصرف فيه أثناء قيام الشيوع ، وتعلق وقت هذه المطالبة وتحديد صاحب الحق فيها على القسمة ونتيجتها ، اذ كانت تقرر أنه «ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى » (نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٨ ، ص ١٣١) .

(٢) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٣١، ص ٣٨٧ – ٤٠٢. – اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرات ١٣٠ – ١٣٣ ، ص ٢٩٣ – ٣٠٩ . – عبد المنعم فرج الصدة، ج ١ فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٣ – ٢٠٥ .

البحث الذى نتناوله، -يكفى أن نراعى فحسب أن الأثر الرجعى للقسمة - حتى مع التسليم بوجوده - ليس مطلقاً ، وانما هو يفسر تفسيراً ضيقاً مما يجعله مقصوراً على حدود الغرض من تقريره وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة ، بحيث لا يجب الاعتراف للقسمة بأى أثر رجعى فيما وراء هذا الغرض (١) . ولذلك إذا أمكن فى هذه الحدود فهم اعمال الأثر الرجعى فى شأن تحديد مصير تصرف الشريك فى الجزء المفرز فى مواجهة الشريك الآخر الذى أوقعت القسمة هذا الجزء فى نصيبه ، وذلك تأكيداً لحماية حقه عليه خالصاً من هذا التصرف ؛ فليس من المفهوم مد الأثر الرجعى للقسمة فيما بين أطراف التصرف أنفسهم واعتبار المتصرف غير مالك منذ البداية واعطاء المتصرف اليه بالتالى حق المطالبة بابطال التصرف بعد القسمة على هذا الأساس ، إذ يجاوز ذلك كله الغرض من تقرير الأثر الرجعى للقسمة بمده إلى ما لا تستلزمه حماية المتقاسم المقسوم له الجزء المفرز المتصرف فيه (٢) . فحمايته مكفولة كما رأينا عن طريق اعتباره أن التصرف لم يوجد أبداً تطبيقاً للأثر الرجعى للقسمة فى مواجهته ، لا يؤثر فيها - نقضاً أو نفياً - الحكم والمصير المعطى للتصرف فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه على أى نحو كان . ولذلك يكون فى اعطاء المتصرف اليه بعد القسمة حق المطالبة بابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك مجاوزة للحدود المسلمة للأثر الرجعى ، واعمال له فى غير ما شرع له دون حاجة تدعو إلى ذلك .

---

(١) فى هذا المعنى :

Colin, Capitant et De La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. 111, No. 1146. — Josserand, Cours de droit civil français, t. 111, No. 1190, — Beudant et Le Balle, t. v. bis., No. 731.

محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٣٣ ، ص ٤٤٥ و ٤٤٧ و ٤٤٨ .

(٢) أنظر كذلك فى تقرير صحة التصرف فيما بين أطرافه مهما تكن نتيجة القسمة وعدم أحقية المتصرف اليه فى المطالبة بابطاله على أساس هذه النتيجة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse Paris, 1932, pp. 220, 221 et 242.

وإذا كان الرأى قد استقر رغم ذلك على هذا الحكم فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم ، فمرجع ذلك التأثر بالتكييف المعطى فيهما لتصرف الشريك فى الجزء المفرز قبل القسمة . فاعتبار التصرف قبل القسمة صادراً من غير مالك على الأقل فيما يوازى حصص باقى الشركاء فى الجزء المفرز المتصرف فيه وفق الرأى السائد فى القانون الفرنسى ، كان منطقياً أن ينتهى إلى تأكيد هذا الاعتبار من باب أولى بعد القسمة إذا أوقعت الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف ، وإلى مده إلى كامل هذا الجزء كذلك . وكان منطقياً كذلك فى التقنين المدنى المصرى القديم ، والرأى الراجح فيه هو اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة لا تعرف صحته وصدوره من مالك أو قابليته للابطال لمصلحة المتصرف اليه لصدوره من غير مالك الا بالقسمة ، أن يعتبر التصرف بعد القسمة صادرا من غير مالك إذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف .

ولكننا سبق أن انتقدنا تكييف التصرف قبل القسمة على هذا النحو أو ذاك ، لما فيه من تجاهل واضح للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع . فقد رأينا أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية يرد على الشىء الشائع جميعه نتيجة اشتراك باقى الشركاء معه فى هذا الحق كل بنسبة رمزية حسابية معينة لا يقابلها بعد جزء مادى مفرز مطابق من الشىء الشائع ، وبالتالى تتقيد مباشرة سلطات الشريك على هذا الشىء بما لباقى لشركائه فى نفس الوقت من نفس السلطات على نفس الشىء . وهو ما يعنى أن تصرفه بانفراده فى جزء مفرز من الشىء الشائع يكون تصرفاً صحيحاً وصادراً من مالك فى العلاقة بينه وبين المتصرف اليه ، ولكنه لا يكون نافذاً فى حق باقى الشركاء . وهذا التكييف الصحيح هو الذى يجب أن يحكم التصرف قبل القسمة وبعدها على السواء . وهذا واضح فى شأن عدم نفاذه فى حق باقى الشركاء ، إذ يكون عدم النفاذ أوجب وأولى فى حقهم بعد القسمة ، أوعلى وجه التحديد فى حق من قسم له من بينهم الجزء المفرز المتصرف فيه ؛ ويستوى أن يسند ذلك إلى الأثر الرجعى للقسمة فى مواجهة باقى المتقاسمين ، أو أن يسند — وهذا ما نفضله — إلى فكرة

عدم النفاذ (١) المبنية على ما فى التصرف الانفرادى من جانب أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشيء الشائع من اضرار بباقى الشركاء واعتداء على ما لهم من سلطات مماثلة على الشيء الشائع ، خاصة مع تعزيز هذه الفكرة بطبيعة القسمة الكاشفة لا الناقلة التى لا تجعل المتقاسم المقسوم له الجزء المفرز فيه خلفاً للشريك المتصرف عليه مما ينفى التزامه بالتصرف ويؤكد عدم نفاذه فى حقه (٢) .

وبقاء التصرف صحيحاً لصدوره من مالك فيما بين أطرافه حتى بعد القسمة وايقاعها الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف واضح كذلك ، لأن العبرة فى صحة التصرف تكون بوقت ابرامه وقد كان حينئذ صحيحاً لصدوره من شريك مشتاع له حق ملكية ترد على الشيء الشائع جميعه . وليس من شأن القسمة تغيير هذا الوضع (٣) وقلب التصرف الصحيح الصادر من مالك إلى تصرف قابل للابطال صادر من غير مالك ، لأن ما ينسب اليها من أثر رجعى — حتى مع التسليم به — لا يجب أن يمتد إلى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه كما سبق البيان .

وعلى ذلك ، يجب أن يتحدد مصير التصرف بعد القسمة إذا أوقعت الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف — طبقاً للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، ودون مغالاة فى اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى غير الغرض المقصود منه — على النحو الذى تحدد به حكم هذا التصرف قبل القسمة :

---

(١) أنظر خاصة فى هذه الفكرة والاستناد اليها بعد القسمة :

Lebret, article précité ,pp. 418-431., — Chevallier, thèse précitée, pp. 219 et s.,

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٩ و ٤٠٠ — اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٢٤ . ص ٢٧٧ و ٢٧٨ ؛ وفقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٥ — عبدالمنعم فرج الصدة ، فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٥ .

(٢) فى هذا المعنى : Merle, thèse précitée No. 177, p. 246.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ — اسماعيل غانم ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المواضع السابقة .

(٣) فى هذا المعنى : Chevallier, thèse précitée, p. 221.

(١) ففيما بين المتعاقدين، يبقى التصرف صحيحاً وصادراً من مالك. فلا يتأتى للمتصرف اليه طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك، وان أمكنه طلب ابطاله للغلط فى حقيقة ملكية الشريك المتصرف طبقاً لحكم القواعد العامة فى عيوب الرضا (١). ولكن فى غير حالة الغلط، حيث لا يمكن ابطال التصرف، وحيث يمتنع استمرار وروده على نفس المحل نظراً لقسمته لغير الشريك المتصرف، يكون للمتصرف اليه حق طلب الفسخ (٢) طبقاً للقواعد العامة.

(٢) أما فى مواجهة المتقاسم الذى قسم الذى له الجزء المفرز المتصرف فيه، فيبقى التصرف بعد القسمة – كما كان أصلا قبلها – غير نافذ فى حقه، فيعتبره غير قائم منذ البداية، ويكون له رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده.

١٦ – مصير التصرف فى التقنين المدنى الحالى :

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع المصرى كان قد هم فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى بمتابعة الرأى الراجح فى ظل التقنين المدنى القديم من اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة، واعتباره بالتالى صادراً من غير مالك إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف، فوضع نصاً بذلك يقضى بأنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر الا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف».

---

(١) ويأخذ بهذا الرأى بعض الفقهاء الفرنسيين على خلاف السائد فى الفقه والقضاء الفرنسى، أنظر خاصة قول «شيفالييه»، الرسالة السالفة الذكر، ص ٢٤٢ :

"L'acte accompli pendant l'indivision est valable quel que soit le résultat du partage, dans les rapports des parties, et c'est la raison pour laquelle le contractant avec qui le cohéritier a traité ne peut jamais demander l'anéantissement de l'acte .. Il faut toutefois tempérer ces principes par le jeu de la théorie de l'erreur".

(٢) ولكن من الواضح أنه لا حاجة الى الفسخ اذا أمكن ورود حق المتصرف اليه على ماقسم للشريك المتصرف طبقاً لنظرية الحلول العينى، أو اذا أمكن مباشرة هذا الحق اذا كان عينياً تبعياً على ما استحق للشريك المتصرف بالقسمة من ثمن بدل جزء مفرز من الشىء الشائع.

وكان معنى ذلك ، وهو ما تصرح به المذكرة الايضاحية لهذا النص (١) ، أنه « إذا لم يقع (هذا الجزء) فى نصيبه ، عد التصرف صادراً من غير مالك وأخذ حكمه » ، بما يؤدى إلى تمكين المتصرف اليه فى هذه الحالة من طلب ابطال التصرف بعد القسمة على أساس صدوره من غير مالك ، وذلك سواء كان عالماً حين التصرف أو غير عالم بأن المتصرف مالك على الشيوع .

ولكن مشروع هذا النص ، وان جاء تعبيره عاماً يشمل كل أنواع التصرف ، الا أنه لم يكن ينصرف إلى الرهن الرسمى ، حيث وضعت له أحكام خاصة هى التى تتضمنها اليوم فى التقنين الحالى المادة ١٠٣٩ /٢ والتى تبقى على الرهن رغم وقوع الجزء المفرز المرهون بالقسمة فى نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ولكن مع ايقاعه على النصيب المقسوم للشريك الراهن . ولم يكن من المفهوم افراد الرهن وحده دون باقى التصرفات بهذا الحكم ، رغم أنه هو الحكم الصحيح المتفق مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع وللأثر الحقيقى للقسمة . لذلك لم تلبث لجنة المراجعة أن قررت حذف النص الخاص بتعليق التصرف على نتيجة القسمة ، ووضعت نصاً آخر للتصرف عامة يجارى الحكم الموضوع للرهن الرسمى ، هو النص الذى ظهر فى التقنين الحالى فى المادة ٢/٨٢٦ ، وهو الذى يقرر أنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف» . وبذلك أصبح نص المادة ٢/١٠٣٩ الخاص بالرهن الرسمى تطبيقاً خاصاً لهذا النص العام ، ولكن مع خلاف فى بعض التفصيل سوف نشير اليه من بعد ، إذ يقضى بأنه إذا « رهن أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من هذا العقار (الشائع) ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٨١ .

رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل ... » .

وواضح من هذا التطور والتحول عند وضع النص الذى يحكم التصرف عامة فى الجزء المفرز من الشىء الشائع ومصيره بعد القسمة ، أن المشرع — باستقراره على نص المادة ٢/٨٢٦ الحالى ، قد أظهر بوضوح عدوله عن الرأى السائد فى ظل التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بمصير التصرف بعد القسمة من اعتباره قابلا للابطال لمصلحة المتصرف اليه على أساس صدوره من غير مالك إذا وقع الجزء المتصرف فيه بالقسمة لغير الشريك المتصرف ، وأخذه بالرأى الصحيح الذى بيناه وهو عدم تأثر مصير التصرف بنتيجة القسمة هذه واستمرار اعتباره صحيحاً صادراً من مالك فى العلاقة بين طرفى التصرف ، وان كان يورده على الجزء الذى قسم للشريك المتصرف بدل الجزء المتصرف فيه الذى قسم لغيره . وإذا كنا سوف نأخذ فيما يلى ببيان مصير التصرف بعد القسمة طبقاً لحكم هذا النص العام ولحكم نص المادة ٢/١٠٣٩ الخاص بالرهن الرسمى ، فيجب أن ندخل فى الحساب كذلك نص المادة ٨٤٣ من التقنين الحالى الذى يقضى بأن « يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص » ، فانه يثير نفس المناقشات التى رأيناها حول مدى اعمال الأثر الرجعى للقسمة ، فضلا عما يثيره من نقاش حول تعارضه مع حكم المادتين ٢/٨٢٦ ، و٢/١٠٣٩ سالفتى الذكر .

وعلى أى حال ، فلبيان مصير التصرف فى الجزء المفرز بعد القسمة ، نتتبع هذا المصير — كما تتبعنا حكمه قبل القسمة — فى العلاقة بين أطراف التصرف أولا ، ثم فى مواجهة المتقاسم الذى اختصته القسمه — دون الشريك المتصرف — بالجزء المفرز المتصرف فيه .

المطلب الأول

مصير التصرف فى العلاقة بين أطرافه

إذا أجريت القسمة ، فهى اما أن توقع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، وأما أن توقعه فى نصيب شريك غيره. وواضح أن الفرض الأول لا يثير اشكالا ، حيث من المسلم أن التصرف حينئذ يتأكد ويستقر نهائياً على ذات محله . أما الفرض الثانى الذى توقع القسمة فيه الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، فهو الذى يقتضى البحث وهو الذى تعرض المشرع لمواجهته وبيان حكمه فى المادتين ٨٢٦و١٠٣٩ /٢ من التقنين المدنى .

١٧ ـ تأكد التصرف واستقراره على نفس محله اذا قسم للشريك المتصرف :

إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، فمن الواضح أن التصرف يتأكد حينئذ ويستقر نهائياً على ذات محله . ويستوى فى ذلك أن يكون المتصرف اليه عالماً أو غير عالم بأن المتصرف مجرد مالك على الشيوع . ففى حال جهله ذلك ، ورغم أن هذا الجهل يعتبر غلطاً يخول له قبل القسمة حق طلب ابطال التصرف على أساس عيب الرضا ، الا أنه إذا لم يكن قد طلب الابطال أصلا أو طلبه ولم يكن قد قضى به قبل اجراء القسمة ، فليس له أن يطالب به أو يستمر فى دعواه بعد أن أوقعت القسمة نفس الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، حيث أنه « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد ابرامه إذ أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ١٢٤ مدنى) (١) .

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٣٢ ، ص ١٦٣ – اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٦٨ .

وقارن مع ذلك أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٣) ، حيث يذهب الى تأسيس امتناع طلب الابطال هنا على أن المبيع ، بوقوعه بالقسمة فى نصيب البائع ، يعتبر أنه كان مملوكاً له وقت البيع . ولكن هذا التأسيس قائم على الأثر الرجعى للقسمة حيث لا تدعو حاجة اليه ، اذ التصرف – فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه – يكون منذ البداية صحيحاً وصادراً من مالك بمقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سبق البيان.

١٨ ـ بقاء التصرف رغم قسمة محله لغير المتصرف صحيحا وصادرا من مالك كما كان قبل القسمة :

سبق أن رأينا ، فى انتقاد الرأى السائد فى القانون الفرنسي وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم ، أن التصرف يجب أن يظل ـ رغم ايقاع القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه لغير المتصرف ـ صحيحاً وصادراً من مالك فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه كما كان قبل القسمة ، إذ ذلك هو مقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ومقتضى الاستبعاد الواجب للأثر الرجعى للقسمة ـ بفرض وجوده ـ فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه .

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك فى التقنين المدنى الحالى ، فلم يغير فى مصير التصرف بين أطرافه ـ رغم عدم وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة فى نصيب المتصرف ـ عن حكمه فيما بينهما قبل القسمة من اعتباره تصرفا صحيحاً صادراً من مالك . وهذا واضح من أن نص المادة ٢/٨٢٦ من هذا التقنين لا يجيز للمتصرف اليه ، رغم نتيجة القسمة هذه ، طلب ابطال التصرف الا على أساس الغلط ، ومن أنه يستبقى التصرف رغم وقوع محله بالقسمة لغير المتصرف ولكن مع ايراده هو وحق المتصرف اليه على النصيب المقسوم للمتصرف ؛ إذ لو كان من شأن نتيجة القسمة هذه التغيير فى حكم التصرف عما كان عليه قبل القسمة واعتباره على العكس صادراً من غير مالك ، لوجب تمكين المتصرف اليه من حق طلب ابطاله سواء كان جاهلا أن الجزء المتصرف فيه مملوك للمتصرف على الشيوع أو عالماً بذلك ؛ ولما أمكن استبقاء التصرف وحمله على غير محله الأصيل عن طريق الحلول العينى .

ومن الواضح أن ابقاء المشرع ـ رغم نتيجة القسمة هذه ـ على التصرف وعلى تكييفه الأصيل قبل القسمة كتصرف صادر من مالك ، يعنى استبعاد اعمال الأثر الرجعى للقسمة المقرر بمقتضى المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى (١) ،

---

(١) راجع فى هذا المعنى ، وفى التعارض القائم بين نص المادة ٢/٨٢٦ وكذلك نص المادة ١٠٣٩ من ناحية وبين نص المادة ٨٤٣ من ناحية أخرى ، ووجوب ترجيح النص الأول : كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠٣ و٤٠٤ و ٤٠٧ ـ اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٦ و٣٠٨ .

على الأقل فى العلاقة بين أطراف التصرف . وهو استبعاد واجب كما رأينا على أساس أنه ، حتى مع التسليم بالأثر الرجعى للقسمة ، فلا يجب اعماله الا فيما يحقق الغرض من فرضه أى فى مواجهة المقسوم له الجزء المفرز المتصرف فيه الذى يراد بهذا الأثر حمايته من مثل هذا التصرف ، وليس فيما بين أطراف التصرف طالما أن التصرف — رغم استمرار صحته — يمتنع وروده على نفس محله الأصيل نتيجة قسمته لغير المتصرف .

والمشرع بتقريره الابقاء على التصرف وصحة صدوره من مالك رغم وقوع محله بالقسمة لغير المتصرف بناء على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع وعلى نفى الأثر الرجعى للقسمة — وهو محض افتراض — حيث لا حاجة أو حكمة من اعماله ، انما يقرر بذلك مبدأ عاماً هو أن تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع يكون فيما بين أطرافه — قبل القسمة ، ويظل بعدها وأيا كانت نتيجتها — تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك . ومقتضى ذلك أن مصير التصرف بعد القسمة على هذا النحو ، لا يعتبر استثناء يراد به التضييق من دائرة ابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك كما يذهب بعض الفقهاء (١) . فلا يتأتى إذن للمتصرف اليه طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك فى الحالات التى لا يمكن فيها اعمال الحلول العينى (٢) ، وان أمكنه طلب الفسخ .

---

(١) سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٦ — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٥٧ .

(٢) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧ — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٧ ، ص ١٩٣) من أنه اذا لم يخرج الشريك المتصرف بعد القسمة الا بمبلغ من النقود ، فيكون للمتصرف اليه — فى غير حالة التصرف بالرهن — طالب ابطال التصرف على أساس أنه تصرف فى ملك الغير . ولكن فضلا عما فى هذا الرأى من خروج على المبدأ المستخلص من نص المادة ٢/٨٢٦ من عدم تأثر التصرف بنتيجة القسمة وبقائه معتبراً صادراً من مالك ، ففيه مخالفة للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ومغالاة فى اعمال الأثر الرجعى للقسمة فيما يجاوز الغرض منه .

وتترتب على بقاء التصرف فيما بين أطرافه صحيحاً وصادراً من مالك ، رغم وقوع محله بالقسمة لغير الشريك المتصرف ، آثار هامة نعرض لها فيما يلى :

١ - امتناع ابطال التصرف بدعوى صدوره من غير مالك ، وامكان ابطاله للغلط : إذا كان التصرف فى الجزء المفرز يبقى معتبراً صحيحاً وصادراً من مالك رغم وقوع هذا الجزء بالقسمة لغير الشريك المتصرف كما رأينا ، فمقتضى ذلك أساساً استبعاد خضوع هذا التصرف بعد القسمة ورغم نتيجتها هذه لأحكام التصرف فى ملك الغير التى تعطى المتصرف اليه ، بصرف النظر عن وقوعه أو عدم وقوعه فى الغلط بشأن ملكية المتصرف ، الحق فى طلب ابطال التصرف لمجرد صدوره من غير مالك .

وقد أكد المشرع هذا الاستبعاد بنصه فى المادة ٨٢٦/٢ على أن « للمتصرف اليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة،الحق فى ابطال التصرف » ، إذ أن حرصه على النص على اقامة الابطال على أساس الغلط هنا — رغم أنه مقتضى القواعدالعامة — فيه نفى لامكان الابطال على أساس صدور التصرف من غير مالك . وعلى ذلك إذا قسم الجزء المفرز المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف ، فلا يملك المتصرف اليه المطالبة بالابطال أصلا إذا كان عالما بأن المتصرف يملك هذا الجزء على الشيوع ؛ بينما يملك المطالبة بالابطال على أساس الغلط إذا كان جاهلا أن المتصرف يملك هذا الجزء على الشيوع . وهذا الحكم المقرر بمقتضى المادة ٨٢٦/٢ حكم عام ينصرف إلى كل أنواع التصرف فى جزء مفرز من الشيء الشائع ، فينصرف إلى الرهن الرسمى رغم أن المادة ١٠٣٩/٢ التى تعرضت لمصير رهن الجزء المفرز لم تذكر هذا الحكم ، إذ لم تكن بحاجة إلى تكراره فى هذا الخصوص وهو مذكور بعمومه فى المادة ٨٢٦/٢ (١) . وعلى هذا

---

(١) فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٣ ، فقرة ١٠٧ : متن وهامش (١) ص ٦٤ — اسماعيل غانم، هامش (٢) ص٣٠٧ —شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات فى القانون المدنى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٥،ص ١١٣ .
وقارن : سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ١٩٥١ ، فقرة ٤٩ ، ص ٧٣ و ٧٤ .

النحو ، تنبغى التفرقة بين حالة علم المتصرف اليه بأن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة وحالة جهله بذلك .

١ – إذا كان المتصرف اليه يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً وانما يملكه على الشيوع ، فليس له أن يطلب ابطال التصرف أصلا ، رغم ما أسفرت عنه القسمة من ايقاع هذا الجزء فى غير نصيب الشريك المتصرف . فهو لا يملك طلب ابطاله على أساس الغلط ، إذ هو على بينة من حقيقة الوضع . ولا يملك كذلك طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك ؛ إذ المشرع صريح فى ايراد التصرف على محل آخر هو المحل المقسوم للمتصرف ، مما يعنى استبقاء التصرف وعدم ابطاله بسبب عدم وقوع المحل الأصلى المتصرف فيه بالقسمة فى نصيب المتصرف ؛ كما هو صريح فى عدم التمكين من ابطال التصرف الا لسبب جهل المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة ، مما يعنى نفى اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا الشأن واستبعادتطبيق أحكام التصرف فى ملك الغير رغم نتيجة القسمة المخالفة .

وإذا كان لاخلاف على امتناع ابطال التصرف من قبل المتصرف اليه بدعوى صدوره من غير مالك رغم نتيجة القسمة المخالفة كما تقضى بذلك المادة ٢/٨٢٦ ، الا أن بعض الفقهاء ما يزال يعتقد أن المشرع – بتقريره مبدأ الحلول العينى بايراد التصرف على المحل المقسوم للمتصرف بدل محله الأصلى – قد أزال عيب التصرف فى ملك الغير ، وسلب المتصرف اليه الذى كان يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً حقه فى ابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك(١) . ولكن هذا الرأى يفترض ما سبق لنا رفضه من اعتبار تصرف الشريك فى جزء مفرز تصرفاً فى ملك الغير منذ الأصل . وهو يخرج – فضلا من ذلك – على ما يقتضيه منطقه من جوب تطبيق أحكام تصحيح التصرف فى ملك الغير وازالة عيبه ؛ فهذه الأحكام تقضى بانقلاب التصرف صحيحاً إذا أصبح المتصرف مالكاً

---

(١) سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٧ .

للمتصرف فيه من بعد ، ولكنها لا تقضى بانقلابه صحيحاً إذا أصبح المتصرف مالكاً لشيء آخر يمكن أن يحل محل المتصرف فيه . فليس الحلول العينى الذى قرره المشرع اذن وسيلة لازالة عيب التصرف فى ملك الغير وتصحيح تصرف الشريك فى الجزء المفرز بعد أن كان قابلا للابطال على هذا الأساس (١) ، وانما هو وسيلة للابقاء على تصرف هذا الشريك الصحيح منذ الأصل لصدوره من مالك ، بعد أن استحال بالقسمة استمرار وروده على الجزء المفرز المتصرف فيه عن طريق حمله على الجزء الذى أوقعته القسمة للشريك المتصرف .

٢ — إذا كان المتصرف يجهل أن المتصرف مجرد مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك للجزء المفرز المتصرف فيه وحده ملكية خالصة دون شريك ، فقد رأينا أن ارادته تكون مشوبة بغلط جوهرى يخول له حق طلب ابطال التصرف للغلط قبل القسمة ؛ ويظل هذا الحق قائماً بعد القسمة ، إذا لم توقع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف . فاذا لم يطلب

---

(١) ولعل ذلك هو الذى دعا أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى — رغم أنه من القائلين بأن بيع الشريك الجزء المفرز يتضمن بيعاً لملك الغير فى الأصل (الوسيط، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠) — إلى محاولة تبرير منع المشترى من طلب الابطال إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المبيع فى نصيب شريك آخر غير الشريك البائع ، على أساس أنه بعلمه أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز المبيع يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة (المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ ، متن وهامش (٢) ص ٣٠١) . فهو يتفادى بذلك القول بأن الحلول العينى يصحح عيب بيع ملك الغير ، حملا له على إرادة مفترضة للمشترى تبرر اعماله . ولكنه تبرير غير مقنع ومحل للنظر بدوره كما سبق البيان . فضلا عن أن القول برضاء المشترى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة — بصرف النظر عن تنافيه مع نقطة البداية من اعتبار البيع بيعاً لما يملك الشريك البائع بقدر حصته فى المبيع ولما لا يملك بقدر حصص باقى الشركاء فيه — يجعل البيع واردا فى الواقع على حصة شائعة لا على جزء مفرز ، ويلحق حينئذ بالرأى القائل بذلك والسابق انتقاده ، ويجعل ورود البيع بعد القسمة على ما قسم للشريك البائع هو الأثر الطبيعى للقسمة وليس نتيجة الحلول العينى .

(أنظر كذلك فى انتقاد هذا الرأى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش (٢) ، ص ١٧٣و ١٧٤).

الابطال ، ورد حق المتصرف اليه على الجزء الذى آل إلى المتصرف بالقسمة اعمالا لفكرة الحلول العينى[1] .

٢ ـ عدم صلاحية التصرف لأن يعتبر سببا صحيحا : سبق أن عرضنا للرأى القائل بأن تصرف الشريك فى جزء مفرز قبل القسمة يصلح سبباً صحيحاً ، وانتهينا إلى رفضه على أساس أنه تصرف صادر من مالك . وهذا الاعتبار يقتضى كذلك رفض صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً حتى بعد القسمة وعدم ايقاعها الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، إذ سبق أن بينا أن هذا التصرف يظل فيما بين أطرافه معتبراً — رغم نتيجة القسمة هذه — تصرفاً صادراً من مالك .

---

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من تأسيس ذلك على فكرة تحول التصرف ، إذ يرون أن التصرف يكون فى الأصل باطلا بطلانا مطلقاً للغلط فى ذاتية الشىء المتصرف فيه ، فاذا سكت المتصرف اليه عن التمسك بالبطلان بعد وقوع الجزء المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف اعتبر سكوته قبولا بتحول التصرف الباطل (سليمان مرقس ومحمد على امام الموضع السابق) .

وظاهر بداءة ما فى هذا الرأى من مخالفة لصريح نص المشرع على أن «للمتصرف اليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، **الحق فى ابطال التصرف »** ، مما ينفى مطلقاً فكرة البطلان المطلق . فضلا عن أن فكرة تحول التصرف انما تقوم على استبدال عقد جديد بعقد قديم دون ادخال أى عنصر جديد ، ولكن مع تكييف عناصر العقد القديم تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول (عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٣٠٧ ، وهامش ص ٥٠٢) ؛ وليس الحال كذلك فى هذا الوضع ، حيث يحصل دخول عنصر جديد نتيجة تغيير المحل (أنظر كذلك فى الاعتراض على هذا الرأى ، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ، ص ٣٠٣) .

لذلك يذهب بعض آخر من الفقهاء إلى تأسيس آخر يقوم على فكرة اجازة المتصرف اليه للعقد القابل للابطال (عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق). ولكن الواقع أن الأصل هو وجوب اعمال الحلول العينى إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف بالقسمة ، وذلك دون تفرقة بين حالة علم المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة وحالة جهله بذلك . وهذا هو مقتضى نص المادة ٢/٨٢٦ الذى عنى أولا بالنص على اعمال فكرة الحلول العينى بصيغة مطلقة دون تفرقة بين الحالتين ، ثم أردف ذلك باعطاء المتصرف اليه الواقع فى الغلط الحق فى ابطال التصرف . فاذا سكت المتصرف اليه عن طلب الابطال ، فيكون قد تنازل عن عن حقه فى منع اعمال الأصل القاضى بالحلول العينى ، فيسترد هذا الأصل إذن اعماله .

ولا يمكن الاعتراض على ذلك بأن من شأن الأثر الرجعى للقسمة — حتى لو صح النظر إلى التصرف فى فترة الشيوع على أنه صادر من مالك — اعتبار أن المتصرف لم يملك أبداً الجزء المفرز المتصرف فيه . فمبدأ الأثر الرجعى للقسمة مشكوك فى وجوده كما سلفت الاشارة . وحتى لو سلم بوجوده ، لما وجب اعماله فيما لا يحقق الغرض من تقريره وهو حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة فيه ؛ ومن شأن اعتبار تصرف الشريك فى الجزء المفرز بعد قسمته لغيره سبباً صحيحاً طبقاً لما للقسمة من أثر رجعى ، تسخير هذا الأثر الرجعى للاضرار بالمتقاسم المقسوم له الجزء المتصرف فيه ، عن طريق الزامه بطريق غير مباشر بالتصرف الذى لم يقرر هذا الأثر الرجعى الا لحمايته منه . فضلا عما فى ذلك من مخالفة لصريح نص المادة ٢/٨٢٦ التى تقضى بتحول حق المتصرف اليه من الجزء المتصرف فيه إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بالقسمة (١).

١٩ — ترتيب التصرف آثاره فيما بين اطرافه على ما قسم للشريك المتصرف :

إذا كان التصرف يبقى قائماً فيما بين أطرافه بعد القسمة كما كان قبلها صحيحاً وصادراً من مالك ، الا أن من الواضح امتناع استمرار وروده وانتاج آثاره

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠٨ و٤٠٩ .

وقارن : محمد على عرفة ، ج ٢ ، فقرة ١٣٤ ، ص ٢٤١ و٢٤٢ ، الذى رغم رفضه من حيث المبدأ اعتبار تصرف الشريك فى الجزء المفرز سبباً صحيحاً ، يرى اعتباره كذلك «بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . فن هذا التاريخ يعتبر العقد سبباً صحيحاً ، وتبدأ على أساسه حيازة ناقصة تودى الى اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى محتسباً من تاريخ القسمة لا من تاريخ العقد ».

ولكن هذا القول يخلط بين تصرف صادر من أحد الشركاء فى جزء مفرز قبل القسمة ثم يقع هذا الجزء بعد القسمة فى نصيب شريك آخر ، وبين تصرف يصدر بعد القسمة من أحد المتقاسمين السابقين فى النصيب المقسوم لغيره . فاذا صح أن التصرف الأخير يصلح سبباً صحيحاً ، باعتبار أن صدوره بعد القسمة وانهاء الشيوع يجعله صادراً من غير مالك أصلا ، فان التصرف الأول لا يصلح سبباً صحيحاً رغم القسمة ونتيجتها ، لأنه وهو صادر ابتداء فى فترة الشيوع وقبل القسمة يكون صادراً أصلا من مالك ويظل معتبراً كذلك دون تأثر بنتيجة القسمة كما سبق البيان .

على نفس المحل ما دام هذا المحل قد قسم لغير الشريك المتصرف ؛ إذ من شأن القسمة افراز ما توقعه من نصيب لكل متقاسم خالصاً من أثر أى تصرف سابق من قبل أحد شركائه فيه ، فضلا عن عدم نفاذ مثل هذا التصرف فى حقه أصلا منذ ابرامه .

لذلك وتوفيقاً بين هذين الاعتبارين من استمرار صحة التصرف بين أطرافه وعدم امكان وروده على محله الأصلى لقسمته لغير الشريك المتصرف ، قضى المشرع بأن ينتقل « حق المتصرف اليه من وقت القسمة إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » (م ٢/٨٢٦) ، وبذلك يحل الجزء المقسوم للشريك المتصرف فى التحمل بحق المتصرف اليه محل الجزء الأصلى المتصرف فيه والمقسوم لغير المتصرف . ولم يكتف المشرع بهذا النص الذى يقرر الانتقال فى شأن التصرف فى الجزء المفرز بوجه عام ، وانما أورد نصاً خاصاً بالانتقال بما يوسع من مدى اعماله فى شأن تصرف معين هو الرهن الرسمى ، إذ نص على أنه « إذا رهن أحد الشركاء .. جزءا مفرزاً من .. العقار (الشائع) ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل ...» ، ونظم كذلك فى هذا النص، كما سيرد من بعد ، إجراءات هذا الانتقال .

وقبل بيان أحكام انتقال حق المتصرف اليه من حيث النطاق والكيفية ، ينبغى أولا تحديد طبيعة هذا الانتقال .

١ ـ **طبيعة انتقال حق المتصرف اليه** : إذا كان المشرع يقرر فى التقنين المدنى الحالى انتقال حق المتصرف اليه من الجزء المتصرف فيه إلى الجزء أو الشىء المقسوم للمتصرف ، فالسائد فى الفقه (١) هو اعتبار هذا الانتقال اعمالا لفكرة الحلول العينى .

---

(١) أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣ . ـ سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٦ و ٤٦٧ . ـ محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٠٢ ، ص ٤٠٤ ـ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٥٧ . ـ اسماعيل غانم ، ج ١ فقرة ٧٧ ، ص ١٧١ . ـ كتابنا سالف الذكر ، =

ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى نفى فكرة الحلول العينى هنا على أساس القول بأنه إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه فى غير نصيب المتصرف ، فعنى ذلك أن يعتبر التصرف صادراً من غير مالك ، فلا يكون للمتصرف اليه حق ملكية ، وانما مجرد حق شخصى فى مطالبة المتصرف بنقل الملكية اليه . فاذا كان المشرع بنص على انتقال حق المتصرف اليه إلى الجزء الذى يقع فى نصيب المتصرف بالقسمة ، فهو انما يقضى إذن «– على خلاف القواعد العامة – بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذى نشأ فيه الالتزام على مال آخر هو المال الذى اتضح بمقتضى القسمة أن المتصرف كان مالكاً له من وقت نشوء الالتزام .. » . فاذا جاز القول بالحلول العينى ، « فلا يمكن أن يكون أثر الحلول العينى نقل الملكية ، إذ ليست هناك ملكية يمكن نقلها ، ولكن نكون بصدد نقل التزام ، (ومن الأفضل) القول باستبعاد الحلول العينى من هذا النطاق ، ويكفى أن يقال بأن الالتزام ينفذ على غير محله الذى ورد عليه ابتداء» (١) .

ويعيب هذا الرأى استناده إلى الأثر الرجعى للقسمة رغم ما يقوم عليه من افتراض مخالف للواقع يدعو إلى اطراحه أصلا . ورغم ذلك، فحتى مع التسليم بوجود الأثر الرجعى للقسمة ، فقد رأينا أنه لا يجب اعمال هذا الأثر فيما يجاوز الغرض من تقريره ، وأنه بالتالى لا مجال لتطبيقه – ونص المادة ٨٢٦/٢ شاهد بذلك – فى العلاقة بين أطراف التصرف .

=ص٣٣٧ . – شمس الدين الوكيل ، فقرة ٤٥ ص١١٥ – سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٩ ، ص٧٨ و٧٩ و٨١ . – عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط، ج ٤، فقرة ١٦٨، ص ٣٠١ – عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٩ ، ص١٧١. – أحمد سلامة، التأمينات العينية – الرهن الرسمى ، ١٩٦٣ ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٢ .

(١) منصور مصطفى منصور ، الرسالة السابقة ، فقرة ٩٦ ، ص ١٧٠ .

وأنظر كذلك فى الاستناد الى الأثر الرجعى للقسمة لنفى الحلول العينى هنا : عبد الفتاح عبدالباقى، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٥ و ٢٠٦ .

وفضلا عن ذلك ، فالتمشى مع منطق هذا الرأى إلى منتهاه ، كان يقتضى تمكين المتصرف اليه من طلب إبطال التصرف – ما دام يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك نتيجة للقسمة ولأثرها الرجعى – سواء كان عالما أو جاهلا بحقيقة ملكية المتصرف الشائعة ، بينما حقه فى طلب الابطال قاصر – طبقاً للمادة ٢/٨٢٦ كما رأينا – على حالة جهله بذلك . ولا يكفى فى تبرير هذا الحكم أن يقال(١) ان أمر المشرع بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية (٢) على المال الذى اتضح بمقتضى القسمة أنه كان مملوكاً للمتصرف وقت نشوء الالتزام ، هو أمر يلزم المتصرف اليه الذى كان عالماً بحالة الشيوع فيمتنع عليه طلب إبطال التصرف . فالزام هذا الأمر لمثل هذا المتصرف اليه وحده – دون المتصرف اليه الجاهل بحالة الشيوع – دليل على اعتداد المشرع باقامة إبطال التصرف على أساس عيب من عيوب رضا المتصرف اليه هو الغلط ، لا على أساس ما ظهر بالقسمة ونتيجة أثرها الرجعى من تخلف صفة المالك – على الجزء المفرز المتصرف فيه – لدى المتصرف (٣) .

ويذهب بعض آخر من الفقهاء إلى نفى الحلول العينى عن انتقال حق المتصرف اليه إلى الجزء أو الشيء الذى يؤول بالقسمة إلى المتصرف ،

---

(١) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .

(٢) وقد يكون مفهوماً نفى الحلول العينى وتصوير انتقال حق المتصرف اليه على أساس أنه نقل التزام فى منطق الرأى الذى يرى أن التصرف فى الجزء المفرز لا يمكن أن يرتب قبل القسمة فيما بين أطرافه الا التزامات شخصية ، ولكننا سبق أن ناقشنا هذا الرأى ورفضناه لما بينا من أسباب (أنظر سابقاً ، هامش (١) ، ص ٢٨) . وعلى أى حال ، فالقائلون به أنفسهم يرون فى انتقال حق المتصرف اليه تطبيقاً لفكرة الحلول العينى (أنظر اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ص ١٧١) . واذا صح القول بحصر الحلول العينى فى نطاق الحقوق العينية وحدها ، وكان من شأن التصرف فى الجزء المفرز ترتيب آثاره عينياً فيما بين أطرافه قبل القسمة كما بينا ، فيتحقق الحلول العينى اذن فى كل صورة يكون قد ترتب فيها للمتصرف اليه حق عينى على الجزء المفرز المتصرف فيه قبل القسمة . أما حيث لا يكون هذا الحق قد ترتب ، كما اذا كان التصرف بنقل حق عينى أصلى عقارى لم يتم تسجيله قبل القسمة ، فيكون مقبولا نفى الحلول العينى فى هذه الصورة فى منطق حصر الحلول العينى فى نطاق الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية .

(٣) كتابنا سالف الذكر ، هامش (١) ، ص ٣٣٧ .

مؤسسين هذا الانتقال على أساس فكرة «وحدة المحل» ، إذ يرون أن الشريك المتصرف انما قد تصرف فيما يملك «وهذا الذى يملكه قد يكون هو الذى تعين عند (التصرف) وقد يكون هو الذى تعين بعد ذلك عند القسمة ، فحقه قائم على هذا الجزء وذاك على حد سواء» (١) . ولكن مقتضى هذا التصوير فى الواقع العودة إلى التكييف الذى يصحح التصرف فى الجزء المفرز حملا له على أنه تصرف فى الحصة الشائعة ، وهو تكييف منتقد كما سبق البيان . ولو صح هذا التكييف لكان ورود حق المتصرف اليه على الجزء المقسوم للشريك المتصرف بدل الجزء الأصلى المتصرف فيه بناء على الأثر الطبيعى للقسمة لا على وحدة المحل .

ولذلك يبقى التكييف السائد لتبرير انتقال حق المتصرف اليه بفكرة « الحلول العينى » هو التكييف الصحيح (٢) الواجب تأييده (٣) .

---

(١) شفيق شحاته ، فقرة ١٤١ ، ص ١٦٥ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى القول بأن هذا الحلول «حلول عينى استثنائى ، بمعنى أنه ليس هناك تخصيص للجزء الذى تم التصرف فيه ، ولا يوجد نظام قانونى خاص يتميز به» (اسماعيل غانم ج ١ ، هامش (٢) ، ص ١٧١) . ولكن لا يجب أن يغيب عن البال أن الجزء المفرز المتصرف فيه اذا لم يكن هو المخصوص ، فانه جزء من أصل هو الشىء الشائع جميعه الذى يرد عليه حق المتصرف ، وأن لهذا الشىء نظاماً قانونياً خاصاً يتميز به ، وأن المتصرف – لا المتصرف اليه – هو الذى يعتبر متقاسماً مع بقية الشركاء بالنظر الى عدم نفاذ التصرف فى حقهم ، بحيث يستتبع عدم قسمة الجزء المفرز المتصرف فيه للمتصرف امتناع ورود أو استمرار ورود حق المتصرف اليه عليه بالتالى .

(٣) يذهب أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، كما سلفت الاشارة ، الى القول بتأسيس الحلول العينى على أساس ارادى هو رضا المشترى بشراء الجزء المفرز المبيع أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمة (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، متن وهامش (٢) ، ص ٣٠١) . ولكن هذا الأساس الارادى أساس افتراضى كما سبق البيان . وهو لا ينهض على أى حال لتبرير اعمال الحلول العينى فى حالة جهل المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة وسكوته رغم ذلك عن المطالبة بابطال التصرف بعد ما أجريت القسمة فأوقعت الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف . فضلا عن أن هذا الأساس الارادى يلغى فكرة الحلول العينى بدل أن يبررها ، اذ القول برضاء المشترى بشراء الجزء المفرز المبيع أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمة ، معناه أن البيع يكون فى حقيقته وارداً على حصة البائع الشائعة وليس على الجزء المفرز المعين فى العقد ، وهو ما يؤدى الى أن يكون ورود حق المشترى بعد القسمة على محل آخر هو المقسوم للبائع هو مقتضى الأثر الطبيعى للقسمة لا مقتضى الحلول العينى .

٢ - **مجال اعمال الحلول العينى** : إذا كان ما يقرره المشرع من انتقال حق المتصرف اليه إلى النصيب المقسوم للمتصرف بدل الجزء المفرز المتصرف فيه الذى قسم لغيره اعمالا لفكرة الحلول العينى ، فينبغى تحديد مجال هذا الاعمال .

ونراعى بداءة أن مبدأ اعمال الحلول العينى المقرر فى المادة ٢/٨٢٦ هو مبدأ عام ينصرف إلى كل عمل من أعمال التصرف (١) أياً كان

---

(١) فلا يجوز اعمال هذا الحكم فى شأن أعمال الادارة الصادرة من شريك مشتاع على جزء مفرز من الشىء الشائع اذا قسم هذا الجزء من بعد لشريك آخر . ورغم ذلك، فقد ذهب بعض الفقهاء الى اعمال الحلول العينى فى شأن الايجار ، بحيث اذا ورد الايجار على جزء مفرز من الشىء الشائع وقسم للشريك المؤجر جزء آخر منه انتقل الايجار اليه (عبد الفتاح عبد الباقى ، عقد الايجار ، هامش (٣) ، ص ٨٣ - عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١١٨ - عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٤ - محمد لبيب شنب ، شرح أحكام الايجار ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٦٢ ، ص ١٢١ و١٢٢) .

ولكن من الواضح أن هذا الرأى يأخذ اصطلاح التصرف الوارد فى المادة ٢/٨٢٦ بمعنى العمل أو التصرف القانونى لا بمعنى عمل من أعمال التصرف ، وهو ما لم يتجه اليه قصد المشرع . ذلك أن المشرع قد عرض لأعمال الادارة ومنها الايجار فى نصوص على حدة فيما تلا المادة ٨٢٦ ، فأظهر بذلك اقتصاره فى هذه المادة على أعمال التصرف وحدها . فضلا عن أن المذكرة الايضاحية لمشروع هذه المادة صريحة فى أن المقصود بحكمها هو ما يقوم به الشريك المشتاع من استعمال ما يخوله حق ملكيته من سلطة التصرف «كما اذا **باع** ... جزءاً مفرزاً أو **رهنه** رهناً رسمياً أو رهن حيازة» (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج٦ ، ص ٨١) - وأنظر كذلك فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة - البيع والمقايضة والايجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٧٣ ، ص ٤٢٨ .

غير أن بعض الفقهاء يرون تطبيق حكم المادة ٢/٨٢٦ على الايجار عن طريق القياس (اسماعيل غانم ، هامش ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١١٩ ، ص ١٥٩) . واذا كان هذا الرأى يفضل الرأى الأول الذى يرى الايجار مندرجاً أصلا تحت حكم المادة ٢/٨٢٦ ، الا أن من العسير اعمال هذا القياس طالما أن السائد هو أن الحلول العينى يتحدد فى نطاق تطبيقه بالحقوق والتكاليف العينية فلا يؤدى الى انتقال حق شخصى يتصل بعين الى عين أخرى كالايجار (فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، دروس فى عقد الايجار «على الآلة الناسخة»، ١٩٥٥ -١٩٥٦ ، ص ٤٤) . وليس بمقنع أن يقال انه ليس معنى القياس على حكم المادة ٢/٨٢٦ فى شأن الايجار أن هناك حلولا عينياً فى هذه الحالة (عبد المنعم فرج الصدة، الموضع السابق) ، اذ كيف يتأتى القياس على حكم يعمل مبدأ الحلول العينى اذا قصد تجريده من هذا المبدأ فى الحالة المقيسة .

نوعها(١). وإذا كان المشرع يعمل هذا المبدأ فى صدد الرهن الرسمى خاصة بالمادة ١٠٣٩ / ٢ ، الا أنه يوسع من مجاله . إذ الحلول العينى المقرر بصفة عامة فى المادة ٨٢٦ / ٢ قاصر على صورة تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من شيء شائع ، بحيث إذا وقع فى نصيبه جزء آخر من نفس هذا الشيء انتقل اليه حق المتصرف اليه . بينما الحلول العينى المقرر بصفة خاصة فى شأن الرهن الرسمى بالمادة ١٠٣٩ / ٢ يواجه صورة أخرى يكون الشريك المشتاع فيها مالكاً على الشيوع لعدة عقارات ثم يقوم برهن جزء مفرز فى أحدها ، بحيث إذا لم يقع هذا العقار المرهون جزء مفرز فيه بالقسمة فى نصيب الشريك الراهن بل قسم له عقار آخر من العقارات الشائعة ، انتقل الرهن إلى هذا العقار المقسوم بما يعادل قيمة الجزء المرهون أصلا (٢) .

واختلاف مجال اعمال الحلول العينى بين المادة ٨٢٦ / ٢ والمادة ١٠٣٩ / ٢ على هذا النحو ، يثير التساؤل عما إذا كان يمكن اعمال الحلول العينى على النحو الموسع الوارد فى المادة ١٠٣٩ / ٢ على غير الرهن الرسمى من التصرفات . للاجابة على ذلك ، ينبغى التعرف أولا على الحكمة التى أملت على المشرع توسيع مجال الحلول العينى فى صدد الرهن الرسمى . وواضح أن مرجع ذلك هو أن المقصود من الرهن الرسمى المقابل النقدى للشيء وليس الشيء فى ذاته ، بحيث يستوى وروده — إذا لم توقع القسمة الجزء المفرز المرهون فى نصيب الشريك الراهن — على ما يقسم لهذا الشريك ، سواء كان جزءاً آخر من ذات العقار أو عقاراً آخر غيره أصلا من العقارات الشائعة . ولذلك يبدو أن اعمال

---

(١) فينصرف الى الرهن الحيازى رغم عدم وجود نص خاص بشأنه ، بحيث اذا كان وارداً على جزء مفرز من شيء شائع ثم أوقعت القسمة للشريك الراهن جزءاً آخر من ذات الشيء انتقل حق الدائن المرتهن حيازياً الى هذا الجزء المقسوم (فى هذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات فقرة ٤٣٥ مكرر ، ص ٥٥٧ و٥٥٨ — شمس الدين الوكيل ، فقرة ١٦٨ ، ص ٤٦١ و٤٦٢).

(٢) فى هذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقى ، الأموال ، فقرة ١٣٧ ، ص ١٩٣ و ١٩٤ ؛ التأمينات ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٤ مكرر . — شمس الدين الوكيل ، فقرة ٤٥ مكرر ، ص ١١٩ و ١٢٠ . — سليمان مرقس ، التأمينات ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٩ ، ص ٨٠ — اسماعيل غانم ، هامش (١) ص ١٧٠ . — عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٩ ، ص ١٧٢ .

الحلول العينى فى هذا المجال الموسع لا يتأتى الا حيث يحقق ايراد حق المتصرف اليه على ما يؤول للمتصرف بالقسمة الغرض المقصود من هذا الحق الذى يراد حمايته . وظاهر أن هذا متحقق فى الرهن الحيازى ، بحيث يمكن تطبيق حكم المادة ١٠٣٩ /٢ الخاصة بالرهن الرسمى عليه (١) .

أما باقى التصرفات الأخرى غير الرهن ، فقد يبدو أن حملها على النصيب المقسوم للشريك المتصرف فى حالة تعدد الأشياء الشائعة ، وحصول التصرف أصلا فى جزء مفرز من أحدها ، ثم وقوع شىء آخر غيره أصلا فى نصيب المتصرف بالقسمة ، لا يحقق فى الأصل الغرض المقصود من الحق بحيث يجب عدم إجراء الحلول العينى فى هذا الشأن . ولكن تعميم ذلك كمبدأ مطلق لا يخلو من مغالاة ، وإنما العبرة بظروف كل حالة . وقد يتحقق فى بعض الحالات الغرض المقصود من الحق الذى يراد الابقاء عليه للمتصرف اليه ، رغم تعدد الأشياء الشائعة وقسمة شىء آخر منها للمتصرف غير الشىء

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، الموضع السابق . وأنظر عكس ذلك : عبد الفتاح عبد الباقى التأمينات ، فقرة ٤٣٥ مكرر ، ص ٥٥٨ و ٥٥٩ - شمس الدين الوكيل ، فقرة ١٦٨ ص ٤٦٢ و٤٦٣ .

وطالما أن المقصود بالرهن بنوعيه هو المقابل النقدى للمرهون ، فمعنى ذلك أنه حتى حيث لا يقع بالقسمة فى نصيب الشريك الراهن جزء مفرز آخر من نفس الشىء المرهون أو شىء آخر من الأشياء المرهونة بل يختص فحسب بمبلغ من النقود ، فان حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا المبلغ . فاذا كان الدين مستحق الأداء نفذ عليه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين ويكون ذلك مباشرة لحقه العينى التبعى على أى مقابل نقدى للشىء لا اعمالا للحول العينى . أما اذا لم يكن مستحق الأداء ، فينصب حقه على هذا المبلغ الى حين الاستحقاق بمقتضى الحلول العينى (فى هذا المعنى : كتابنا سالف الذكر ، هامش (١) ، ص ٣٤٠ ؛ وفى التمييز بين الحلول العينى ومباشرة حق الرهن على هذا النحو بوجه عام : منصور مصطفى منصور ، الرسالة السابقة ، فقرة ١٣٠ ، كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٤٥ ، ص ١٣٥ - ١٣٨. - وقارب : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، وفقرة ٨١ ، ص ١٨٣ و ١٨٤ - شمس الدين الوكيل ، فقرة ٣٢ ، ص ٧٢ ، فقرة ٤٥ ص ١١٦ ، فقرة ٩٤ ، ص ٢٨٤ - ٢٨٩ ؛ فقرة ١٦٨ ؛ ص ٤٦٣ - أحمد سلامة ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٧ - ١٧٠. - وقارن : عبدالفتاح عبد الباقى ، التأمينات ، فقرة ٢٢٥ ص ٣٤٢ و ٣٤٣) .

المتصرف أصلا فى جزء مفرز منه (١) ؛ فلا يوجد مانع حينئذ من اعمال الحلول العينى قياساً على حكم المادة ١٠٣٩ / ٢ (٢) .

٣ - **كيفية اعمال الحلول العينى** : لم يعن المشرع بتنظيم كيفية اعمال الحلول العينى وبيان اجراءاته الا فى صدد الرهن الرسمى ، إذ نصت المادة ١٠٣٩ / ٢ على أنه « إذا رهن أحد الشركاء .. جزءاً مفرزاً من .. العقار (الشائع) ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت

---

(١) فاذا باع شريك على الشيوع فى ملكية أسهم وسندات عدداً معيناً من السندات أو قرر عليها حق انتفاع للغير ، ثم لم توقع القسمة من بعد فى نصيبه أيا من السندات بل أوقعت له أسهماً فحسب ، فيبدو ألا مانع فى هذه الحالة يحول دون ورود حق المشترى أو المنتفع على الأسهم المقسومة للمتصرف . بل فى الصور التى تتعدد فيها العقارات الشائعة دون اختلاف نوعها (والمادة ١٠٣٩ / ٢ تواجه صورة تعدد العقارات دون استلزام تباين نوعها) ، يمكن حسب الأحوال تصور امكان اعمال الحلول العينى ؛ فاذا باع مالك على الشيوع فى جملة أراض زراعية فى مناطق مختلفة جزءاً مفرزاً من أحدها وأوقعت له القسمة أرضاً أخرى فى منطقة أخرى ،فليس ثم ما يمنع من أعمال الحلول العينى وايراد حق المشترى على هذه الأرض المقسومة للبائع اذا كان القصد من شرائها مجرد استغلالها بالتأجير للغير .

(٢) عكس ذلك : عبد الفتاح عبد الباقى ، الأموال، فقرة ١٣٧، ص ١٩٣ و ١٩٤ . - اسماعيل غانم، هامش (١)، ص ١٧٠ . - بل ويمكن القول بأن أعمال الحلول العينى هنا يكون تطبيقاً لنظرية الحلول ذاتها طالما أن انتقال حق المتصرف اليه لا يعتبر حلولا استثنائياً كما سلفت الاشارة ، وطالما يتوافر ما تشترطه هذه النظرية من أن يكون البديل - وهو الشىء المقسوم للمتصرف - صالحاً لتحقيق نفس الغرض الذى كان يحققه الأصيل وهو الجزء المفرز المتصرف فيه .

ولذلك فحيث يتخلف هذا الشرط ، وهو يتخلف فى أكثر حالات التصرف بغير الرهن عند تعدد الأشياء الشائعة ، لا يكون عدم اعمال الحلول العينى راجعاً فى الواقع إلى اقتصار المادة ٨٢٦ / ٢ على حالة الشىء الشائع الواحد دون الأشياء الشائعة المتعددة ، وانما إلى افتقاد شرط من شروط تطبيق نظرية الحلول العينى العامة .

الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين» (١) .

أما المادة ٢/٨٢٦ ، فقد سكتت عن كيفية اعمال الحلول العينى الا فيما قررته من أن انتقال حق المتصرف اليه يكون « من وقت التصرف»(٢) . ولذلك يثور الخلاف فى الفقه حول مدى امكان القياس على حكم المادة ٢/١٠٣٩ فى شأن كيفية إجراء الحلول العينى طبقاً للمادة ٢/٨٢٦ . وإذا كان بعض الفقهاء يجوزون هذا القياس ، فيبدو أن من العسير قبول ذلك ، لأن القياس غير مقبول فى الأصل فى مسائل الاجراءات والمواعيد والاختصاص باصدار أوامر على عرائض(٣) . وهذا قصور لاشك فيه فى المادة ٢/٨٢٦ ، يجب تداركه وبما يتفق مع طبيعة التصرفات الأخرى غير الرهن الرسمى .

---

(١) راجع فى ذلك : عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات ، فقرة ٢٢٤، ٢٢٤ مكرر – أحمد سلامة ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٣ – ١٦٧ .

ويثور الخلاف حول ما إذا كانت الاجراءات المقررة فى المادة ٢/١٠٣٩ قاصرة فى حالة الرهن الرسمى على صورة تعدد الأشياء الشائعة أم تتبع كذلك فى صورة الشىء الشائع الواحد. ونعتقد أن هذه المادة بتعرضها لصورة تعدد الأشياء الشائعة تشمل من باب أولى صورة الشىء الواحد ، فتطبق اجراءاتها عند رهن جزء مفرز منه إذا قسم للشريك الراهن جزء آخر من نفس هذا الشىء (فى هذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات ، فقرة ٢٢٤ مكرر ، ص٣٤١ ، ومتن وهامش (١) ، ص ٣٤٢ . – وقارن : شفيق شحاته ، التأمين العينى ، هامش (٣) ، ص ٩٨ – أحمد سلامه ، فقرة ٤٩ ص ١٦٦ و١٦٧) .

(٢) نشك فى توفيق المشرع فى تحديد الانتقال بهذا الوقت . فاذا كانت غايته من ذلك هى حماية حق المتصرف اليه على النصيب المقسوم للشريك المتصرف ، أفلا يغنى عن ذلك ما هو مسلم من عدم نفاذ تصرفات باقى الشركاء قبل القسمة فى هذا النصيب فى مواجهة من اختصته به القسمة من المتقاسمين هو ومن يخلفه عليه ؟

(٣) فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٢٩ .

وعكس ذلك : سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ – محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٠٢ ، ص ٤٠٥ – اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٧٠ و١٧١ – عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٩ ، ص ١٧١ و١٧٢ .

المطلب الثانى

مصير التصرف فى مواجهة من قسم له محله

٢٠ - خلوص الجزء المتصرف فيه للمتقاسم المختص به بمقتضى القسمة دون تاثر بالتصرف :

إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف، فهى توقعه له خالصاً من مثل هذا التصرف. فذلك هو مقتضى القسمة ووظيفتها؛ إذ هى كاشفة لا ناقلة ، مما ينفى اعتبار المتقاسم خلفاً لأى من شركائه وينفى التزامه بالتالى بأى من تصرفاتهم السابقة ؛ وهى بوصفها كاشفة ، اذ تحول حق المتقاسم من شائع إلى استئثارى ، تستبعد كل أثر لمزاحمة شركائه السابقة بتصرفاتهم على النصيب المقسوم له . وهو كذلك مقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، فاعتبار تصرفه ،فى الجزء المفرز- طبقاً لهذا التكييف - غير نافذ أصلا فى حق باقى الشركاء قبل القسمة ، يؤكد من باب أولى عدم نفاذه بعد القسمة فى حق المتقاسم الذى وقع محله فى نصيبه بالقسمة دون الشريك المتصرف . فلا حاجة اذن مع كل ذلك إلى الاستناد إلى الأثر الرجعى للقسمة فى تبرير عدم تأثر المتقاسم بالتصرف الصادر من غيره من الشركاء فى فترة الشيوع على النصيب المقسوم له (١) . وبذلك يتكشف خواء فكرة الأثر الرجعى للقسمة وعقمها حتى فى مواجهة من قسم له الجزء المتصرف فيه من غيره من الشركاء ، فضلا عن استبعاده فى العلاقة بين أطراف التصرف كما سبق البيان .

وعلى أى حال ، إذا قسم الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف ، فيكون له رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده من تحت يد المتصرف أو المتصرف اليه، دون أن يملك الأخير الدفع فى مواجهته مباشرة بالتصرف إذ هو غير نافذ

---

(١) راجع فى ذلك :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٤ - ٤٠٧ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٣- ٣٠٩ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٥ .

فى حقه ؛ ولا بطريق غير مباشر بالتقادم القصير ، إذ التصرف – لصدوره أصلا من مالك وعدم تغير هذا الاعتبار بعد القسمة ورغم نتيجتها – لا يعتبر سبباً صحيحاً كما سبق البيان بالتفصيل . ولا يملك المتصرف اليه كذلك التنفيذ بحقه على الجزء المتصرف فيه طالما أن القسمة أوقعته لغير المتصرف ، وإنما يرد حقه فى الأصل – كما رأينا – على ما قسم للمتصرف اعمالا لفكرة الحلول العينى .

خاتمـــة

إذا كانت المناقشات والخلافات الفقهية والقضائية التي عرضنا لها قد ألقت الضوء على الأهمية البالغة لمشكلة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع سواء قبل القسمة أو بعدها ، فقد تبينا أن التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع والبصر الصحيح بطبيعة القسمة الكاشفة ووظيفتها دون انزلاق إلى ما ينسب اليها من رجعية افتراضية ، يقتضي اعتبار التصرف فيما بين أطرافه صحيحاً وصادراً من مالك قبل القسمة وبعدها وأيا كانت نتيجتها ، واعتباره غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها وخاصة في مواجهة الشريك الذي يقسم له الجزء المتصرف فيه دون المتصرف . ولهذا انتقدنا الرأي السائد خلافاً لذلك في القانون الفرنسي وفي القانون المصري في ظل التقنين المدني القديم ، وأيدنا المشرع المصري فيما استخلصناه من نصوص التقنين المدني الحالي من الأخذ بهذا التصوير .

غير أن ذلك لا يعني أن هذه النصوص قد قطعت الخلاف حول حقيقة مسلك المشرع بصدد هذه المشكلة ، بل انها – بما صاحب وضعها من تردد وعدم استقرار مبدئي على الحكم الواجب – قد فتحت أبواباً واسعة تسرب منها الشك وكثر التأويل . وإذا كان تعديل التقنين المدني الحالي مهمة تنشط لها الآن اللجنة المشكلة لهذا الغرض ، وكان من طلائع ما تصدت لمناقشته مشكلة تصرف الشريك في الجزء المفرز ، فنعتقد أن من الواجب تأييد مااستخلصناه من نص المادة ٨٢٦/٢ من الأخذ بالتصوير الصحيح مع جلاء وحسم ما قد يحيط بهذا النص من غموض ، عن طريق تعديله على النحو التالي « إذا انصب تصرف الشريك على جزء مفرز من شيء أو أشياء شائعة رتب آثاره فيما بين أطرافه ، ولكنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء . فاذا لم يقع المتصرف فيه عند القسمة في نصيب المتصرف ، ورد حق المتصرف

اليه على الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . — وللمتصرف اليه ، قبل القسمة أو بعدها ، الحق فى طلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مفرزاً »(١) ؛ وعن طريق إضافة فقرة أخرى أو مادة جديدة تنظم كيفية اعمال الحلول العينى فى شأن التصرف عامة غير الرهن . ولكن حتى يتحقق التناسق بين أحكام التقنين ، يجب كذلك تعديل نص المادة ٨٤٣ ، بما يستبعد — وهو ما استخلصناه حالياً — الأثر الرجعى للقسمة ويبرز أثرها الحقيقى الكاشف الذى طال تواريه وراءه ، وهو ما يمكن أن يتم على النحو التالى « يعتبر المتقاسم مالكاً للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء »(٢) . فهذه التعديلات المقترحة ليست إذن فى حقيقتها بالدخيلة أو المبتدعة ، وإنما هى التفسير الصحيح للنصوص الحالية مفهومة على وجهها الحق فى ضوء الاعتبارات الأساسية التى تحكم مختلف جوانب مشكلة تصرف الشريك فى الجزء المفرز .

---

(١) وقد سبق لنا أن قدمنا اقتراحاً بهذا المعنى إلى لجنة تعديل القانون المدنى الحالية .

(٢) وقد تقدمت باقتراح هذا التعديل لجنة المقررين المتفرعة عن لجنة تعديل القانون المدنى الحالية .

دراسة مقارنة

فى إثبات القانون الأجنبي

ورقابة المحكمة العليا على تفسيره

للدكتور شمس الدين الوكيل
الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١ - حدود البحث ومنهجه :

عني فقهاء القانون الدولى الخاص والقانون المدنى منذ زمن بعيد بمشكلة اثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، ورقابة المحكمة العليا على تفسيره . واتخذ القضاء ، فى كثرة الدول ، مواقف متنوعة ومتطورة من هذه المشكلة . وفى اعتقادنا أن مجال البحث فيها لا يزال مفتوحاً ، وأنها تستحق مزيداً من العناية والاهتمام .

وليس فى نيتنا خلال هذا البحث أن نرصد الجهد الأكبر للجدل الفقهى الصاخب فى تحديد طبيعة القانون الأجنبي وصفته أمام القضاء الوطني . هل يعتبر من قبيل الوقائع ، أم يظل محتفظاً بكيانه القانونى ؟ وعندئذ هل يندمج فى قواعد القانون الوطني ويعتبر جزءاً منه ، أم يبقى له طابعه الأجنبي .

وقد طال الجدل فى مناقشة الموضوع من هذه الزاوية . وخرجت نظريات متعددة فى مختلف الدول ، وفى ايطاليا وفرنسا بصفة خاصة .

ومهما كان الخلاف بينها فإن الغاية البعيدة لكل منها هى الوصول إلى حل بشأن معاملة القانون الأجنبى أمام القضاء الوطني ، سواء من حيث اثباته ، أو من حيث رقابة المحكمة العليا على تفسيره .

بل وإن الطريف فى الأمر أن اختلاف الفقه فى النظريات التى يؤمن بها لم يمنع اتفاق البعض منها فى الحلول العملية بشأن معاملة القانون الأجنبي وعدم إمكان مساواته مع القانون الوطني .

ونحن لا نتردد منذ البداية فى إنكار الاتجاه الفقهى الذى يعتبر القانون الأجنبي فى حكم الواقع عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى (١) . ونؤمن بأنه يظل محتفظاً بطبيعته القانونية رغم صفته الأجنبية وانطباقه أمام قضاء دولة غير التى نشأ فيها (٢) .

فالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي تستخلص من قاعدة الاسناد الوطنية نفسها . ولا يصح القول فى تقديرنا بأن هذا القانون يتجرد من طبيعته عندما يعبر حدود الدولة التى نشأ فيها ، وينطبق أمام قضاء دولة أخرى .

وذلك أن أثر انتقال القانون من دولته يقتصر على تجريده من عنصر الأمر والاجبار . أما طبيعته القانونية الأصيلة فلا يطرأ عليها أى تغيير أو تبديل . بل وإن القانون الأجنبي يسترد عنصر الاجبار المفقود بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية التى تطلب إلى القاضى تطبيق قانون دولة معينة .

وبعبارة أخرى يمكن القول إن الخصائص الأصيلة للقانون الأجنبي من حيث كونه يتضمن قواعد عامة ومجردة تلتصق به ولا تزول عنه عندما ينتقل إلى دولة أخرى . وعندما تشير قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه أمام القضاء الوطنى . فهى تمنحه قوة الاجبار . وترد اليه الخصيصة الوحيدة التى زالت عنه .

---

(١) قاد هذا الاتجاه بوجه خاص فى فرنسا باتيفول – أنظر مؤلفه فى القانون الدولى الخاص الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٩ فقرة ٣٢٨ – وأنظر أيضاً لنفس المؤلف ص ١٠٤ وما بعدها Aspects philosophiques du dr. inter. privé . وراجع بوجه عام فى استعراض النظريات التى تعامل القانون الأجنبى معاملة الواقع Imre Zajtay "La condition de la loi etrangère en droit inter. privé"

باريس سنة ١٩٥٨ ، ص ١٨ فقرة ١٩ وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بوجه خاص Zajtay المرجع السابق فقرة ٢٠ ، ٣٠ Motulsky فى مقال عن « وظيفة القاضى ازاء القانون الأجنبى » منشور فى مجموعة دراسات مورى سنة ١٩٦٠ الجزء الأول فقرة ٣٤ ص ٣٥٩ – P. Louis Lucas تعليق على نقض مدنى فرنسى فى ٢١ نوفبر سنة ١٩٦١ ، منشور فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٦٢ قسم القضاء ١٢٥٢١ ، Maury التقرير المقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٤٨ – ١٩٥٢ ص ١٠٥ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١٠٨ .

=

ومن هنا ينبغي فى تقديرنا تركيز النظر على قاعدة الاسناد واعتبارها مصدراً رسمياً مباشراً لتطبيق القانون الأجنبي ، واحتفاظه بصفة الاجبار والالزام أمام القاضى الوطنى (١) .

وإننا نلفت النظر إلى أن رائد المذاهب القائلة باعتبار القانون الأجنبي من قبيل الواقع ، لم ينصرف ذهنه إلى المطابقة بينها من حيث الطبيعة . فمثل هذا النظر يهون الرد عليه . وكما قال أحد الفقهاء كيف يتصور تطبيق الواقعة على وقائع (٢) .

وإنما استهدف صاحب هذا الرأى من تشبيه القانون الأجنبي بالواقع التسوية بينهما فى المعاملة ، من حيث الاثبات من ناحية ، ومن حيث رقابة محكمة النقض على تفسير القاضى لهما من ناحية أخرى (٣) .

ومن هذا كله يظهر لنا أن توجيه الجهد نحو مجرد جدل فقهى حول طبيعة القانون الأجنبي ، قد يبتعد بنا عن حقيقة المشكلة وعن ميدان الخلاف فيها .

ولعله من المفيد على ضوء الموقف الذى اخترناه ، والذى سنعود اليه فى الخاتمة ، أن نسلك منهج المقارنة والتقدير . فنبدأ أولا بالتأمل فى بعض

-- وأنظر أيضاً مطول بلانيول وريبير الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ ، ص ٨٣٢ بوجه خاص ، فقرة ٢٠٦ ، "Martin Woff 'Private International Law" ونحن نقنع مؤقتاً بهذه المراجع . ونرجىء الاشارة إلى مزيد منها ،وكذلك الاشارة إلى اتجاهات الفقه المصرى القديم والمعاصر إلى دراستنا التالية فى المتن .

(١) أنظر فى هذا المعنى موتولسكى المرجع السابق ص ٣٦١ .

(٢) راجع مارتن وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٦ ويضيف هذا الفقيه فى سبيل تأكيد احتفاظ القانون الأجنبى بصفته ، أن القانون يعتبر فى حكم اللغة ، ولم يقل أحد بأن اللغة الايطالية تفقد صفتها عندما يتحدث بها الناس فى انجلترا .

(٣) أنظر باتيفول المراجع المشار اليها سابقاً .

النظم الأجنبية الرئيسية . ونشهد موقفها من اثبات القانون الأجنبي أمام القضاء ورقابة المحكمة العليا على تفسيره .

ومن خلال هذا النظر ننتقل إلى بحث المشكلة فى الجمهورية العربية المتحدة . وعندئذ يتيسر لنا الإدلاء ببعض ملاحظات ختامية نجمل فيها الرأى الذى يبدو لنا أقرب إلى الصواب .

٢ — تقسيم :

نعالج فيما يلي وضع القانون الأجنبي والمعاملة التي يلقاها في معظم النظم الأجنبية الرئيسية . ونقصر بحثنا على النظر إلى النظام الانجليزى والنظام الألمانى . والنظام الايطالى ، وأخيراً النظام الفرنسى بوجه خاص .

(أولا) النظام الانجليزى (١) .

٣ — طابع هذا النظام — القانون الاجنبى فى حكم الوقائع :

يتجه بعض الفقه إلى أن تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الانجليزى يعتبر من المسائل الواقعية البحته(٢) . ومثل هذا التصوير يغفل حقيقة هامة فى نظام التقاضى فى انجلترا . وهى أن القانون الصادر سنة ١٩٢٠ والذى استبدل به قانون آخر صدر سنة ١٩٢٥ . جعل النظر فى مسائل القانون الأجنبي من اختصاص القاضى ، ولم يتركها للمحلفين . ومن خصائص هذا النظام أن المحلفين يختصون بالفصل فى الوقائع . بينما يعهد إلى القضاة بالمسائل القانونية (٣) . وقد بارك بعض الشراح هذا التعديل التشريعى (٤) ، واعتبر فى تقديرهم خطوة أولى نحو الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته الأصيلة .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

Dicey, Conflict of laws الطبعة الخامسة ص ٨٢٩ وما بعدها .

Westlake, Private International law الطبعة السابعة ص ٤٣٣ وما بعدها .

Chechire, Privare International law الطبعة الخامسة ص ١٢٩ وما بعدها

Gutteridge, Comparative law الطبعة الأولى ص ٤٦ وما بعدها

وأنظر أيضاً مارتن وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٦ وما بعدها — وراجع باللغة العربية عبد المنعم البدراوى «أصول القانون المدنى المقارن» سنة ١٩٥٩ ص ٩١ وما بعدها .

(٢) أنظر كوادرى مقال عن اثبات القانون الأجنبى باللغة الفرنسية منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٣ ص ٥

(٣) جاتردج المرجع السابق ص ٤٦ .

(٤) مارتن وولف فقرة ٢٠٨ .

والصحيح إذن هو القول بأن القانون الأجنبي فى انجلترا يعامل معاملة الوقائع من حيث كيفية اثباته والتعرف عليه .

ونقطة البداية فى هذا الصدد هى التسليم بوجود افتراض قانونى على أن القانون الأجنبي يوافق القانون الانجليزى فى أحكامه ، وعلى من يريد إقامة الدليل على عكس ذلك أن يتكفل باثبات ما يدعيه . فاذا عجز صاحب المصلحة عن هذا الاثبات ، يعتبر القانوى الأجنبي مطابقاً للقانون الانجليزى. ويتم الفصل فى الدعوى على هذا النحو (١) .

وفى تقديرنا أن النظام الانجليزى قد اعتمد على الحيلة أو الافتراض القانونى كوسيلة من وسائل الصياغة المعنوية أو الذهنية بقصد تحقيق غاية معينة . ولايصح القول بأننا إزاء قرينة قانونية . ذلك أن القرينة تتأسس على أمر يغلب وقوعه فى العمل . أى أنها تعتمد على الاحتمال الغالب والظن الراجح. فالمفروض إذن فى الحقيقة الاعتبارية التى يصنعها القانون أنها تطابق الواقع فى معظم الأحيان (٢) . ومن الواضح أن افتراض مطابقة أحكام القانون الأجنبي للقانون الانجليزى ليس بالأمر الراجح فى كثير من الأحوال .

ومن أجل هذا نميل إلى القول بأن هذا الافتراض المأخوذ به فى القانون الانجليزى هو أقرب إلى الحيلة القانونية منه إلى القرينة . ولما كان أساس الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع. فإنه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها فى أضيق الحدود . وقصرها على الغاية التى يبغيها القانون .

ويمكن فى نظرنا تأصيل النظام الانجليزى بأن القانون الأجنبي لا يعتبر مسألة وقائع بصفة مطلقة أمام القضاء الانجليزى ، ولكن الحرص على تكليف الخصوم بعبء اثباته . أفضى إلى اصطناع حيلة مطابقته للقانون الانجليزى أوتوفير الفرصة لاثبات عكس ذلك لمن تتوافر له المصلحة .

---

(١) Dicey المرجع السابق رقم ١٩٤

(٢) أنظر مؤلفنا (النظرية العامة للقانون) فقرة ١٥٥ ص ٣١٧ ، وبصفة خاصة ص ٣٢٣.

٤ ـ طرق اثبات القانون الأجنبي :

لا يستطيع القاضي الانجليزي البحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه . وإنما يجب أن يتم اثباته بواسطة خبراء قانونيين . وفيما يلي نفصل هذا الاجمال :

١ — فمن ناحية استقر القضاء العالي في انجلترا على عدم جواز تصدى القاضي للبحث عن القانون الأجنبي . وبصفة خاصة لا يجوز له الاعتماد على علمه الشخصي بالقانون الأجنبي . كما لا يصح له الاستناد إلى مجرد المعلومات التي قد يدلى بها المحامي في الدعوى .

وفي إحدى الحالات المشهورة (١) تعرضت محكمة أول درجة لتفسير عقد محرر باللغة الألمانية وكان خاضعاً للقانون الألماني . واعتمد القضاة في هذا التفسير على الوسائل المتبعة أمام المحاكم الأوربية ، على أساس شهرتها ، ورغم عدم إقامة الدليل عليها بواسطة الخبراء القانونيين أمام المحكمة . وأدخلوا في اعتبارهم بصفة خاصة الظروف الملابسة للعقد مع مفهوم واسع في التفسير . ولما عرضت الدعوى على مجلس اللوردات رفض نظرية محكمة الدرجة الأولى والثانية . وأسس هذا الرفض على اهمال المحكمة في الاستماع إلى شهادة الخبراء القانونيين واستخلاص العلم الرسمي بالقانون الألماني منهم ، بصرف النظر عن صواب التفسير الذي انتهت اليه .

وواضح من هذه الحالة أن القضاء العالي الانجليزي قد حرص على تأكيد منع القاضي من التعرف على القانون الأجنبي بوسائله الخاصة . وأنه قصر طريق العلم على شهادة الخبراء القانونيين أمام المحكمة .

٢ — وذلك أنه من ناحية أخرى لا يجوز اثبات القانون الأجنبي الا بواسطة الخبراء القانونيين . وتتحدد أهلية الشخص لأداء هذا العمل وفقاً للظروف . والأصل أن يكونوا من المحامين الأجانب أو من رجال القانون

---

(١) Hartmann V. onig وقد رجعنا إلى هذه الحالة في مؤلف جاترديج المشار اليه سابقاً ص ٤٦ .

الذى اكتسبوا خبرة فى الدولة التى ينطبق قانونها أمام القاضى الانجليزى . ولكن ليس ما يمنع من الاستماع إلى رأى أهل الخبرة من رجال الأعمال مثل المشتغلين فى شئون السفن أوالتأمين ، إذ يفترض فيهم العلم بالجوانب القانونية التى تخص أعمالهم (١) .

ويدلى الخبير بشهادته أمام المحكمة بالطريق العادى بعد حلف اليمين . وقد يستغنى عن الشهادة الشفوية بشهادة مكتوبة يحررها الخبير وتسمى affidivit.

والصورة الغالبة هى المثول أمام المحكمة والإدلاء بالشهادة الشفوية . وعند اختلاف الخبراء يتعين على القاضى المفاضلة بين أقوالهم . وكثيراً ما تتعقد مهمة القاضى بسبب تضارب آراء الخبراء . ومن قبيل ذلك ما حدث حول تحديد طبيعة الرهن الوارد على السفينة فى القانون الفرنسى ، أو حول بيان الآثار القانونية المترتبة على مراسيم التأميم التى أصدرتها الحكومة السوفييتية .

٥ — عوامل ميسرة للعلم بالقانون الاجنبى

ظهر لنا مما تقدم الطابع الشكلى الجامد لطرق اثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الانجليزى . وبالرغم من ذلك فإنه يمكن استخلاص بعض عوامل تخفف هذا الجمود ، وتفضى إلى نتائج أفضل مما قد يبدو لأول وهلة من الموقف السلبى البحت الذى يتخذه القاضى عند تطبيق القانون الأجنبى .

١ — فمن ناحية ما دام القضاء قد سلك الطريق القانونى فى الاستماع إلى أهل الخبرة ، فإنه ليس ثمة ما يمنع القاضى من الاستعانة بوسائله الخاصة للوصول إلى النتائج التى يراها صائبة ، وبصفة خاصة للترجيح بين الآراء المتنوعة التى استمع اليها . ولن يعوق القاضى فى هذا السبيل سوى عدم الالمام ببعض المصطلحات القانونية الأجنبية ، وعدم الدراية بقواعد القانون الأجنبى فى بعض الأحيان .

---

(١) مارتن وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٨

هذا ويلاحظ أن العالم الشخصى بالقانون الأجنبى ييسر للقاضى توجيه الأسئلة المثمرة والمنتجة فى الدعوى المطروحة عليه . كما يساعده على الترجيح بين وجهات النظر المختلفة التى قد يدلى بها الخبراء .

وهكذا نخلص إلى أن دور القاضى . ليس بالدور السلبى البحت . وإنما يستطيع بالعلم بالقانون الأجنبى أن يلعب دوراً إيجابياً وفعالا ، رغم حرمانه من القضاء فى الدعوى بمجرد معلوماته الشخصية (١) .

٢ — ومن ناحية أخرى . وبالرغم من عدم تقيد المحكمة الانجليزية بالأحكام الأجنبية . فقد جرى العمل على تأثر القاضى الوطنى بالاتجاهات القضائية السائدة فى دولة القانون الأجنبى . وبصفة خاصة يتأثر بالمبادىء المستقرة أمام المحكمة العليا فى دولة هذا القانون (٢) .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الاحترام للاحكام الأجنبية ليس التزاماً قانونياً على عاتق القاضى . وبالتالى أباحت المحاكم الانجليزية لنفسها أن تقضى على خلاف ما يتقرر فى الحكم الأجنبى إذا تضمن خطأ جسيما . ومن قبيل ذلك أن محكمة انجليزية قد رفضت الاعتداد بما جاء فى أحكام محاكم ولاية نيويورك . فى خصوص منازعة معينة ، بعد الاطلاع على القانون الأمريكى وآراء الفقهاء هناك (٣) .

٣ — أخيراً يذهب بعض الشراح إلى أن تفسير القانون الأجنبى بواسطة المحكمة الانجليزية ينبغى أن يكون وفقاً للأسلوب المتبع أمام محاكم هذا القانون ، وليس وفقاً للمنهج الذى يسير عليه القضاء الوطنى .

ومن قبيل ذلك مثلا أنه لا يجوز للقاضى الانجليزى استخلاص ارادة المشرع إلا من خلال النصوص وألفاظها . بينما يسود الاتجاه فى البلاد

---

(١) أنظر جاتردج المرجع السابق ص ٤٧ — عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص ٩٤

(٢) مارتن وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٥ .

(٣) وقد وردت هذه الحالة فى مؤلف جاتردج المشار اليه ص ٤٧ .

الأوروبية إلى وجوب الاعتداد بالأعمال التحضيرية التي صاحبت نشأة القانون والروح العامة للتشريع .

والمفروض فى نظر هذا الفقه أن يقوم القاضى الانجليزى بتفسير القانون الأجنبي مستعيناً بالوسائل المتبعة فى دولة هذا القانون (١) .

ونحن نرى من ناحيتنا على ضوء ما قدمناه فى بيان طرق الاثبات ، أن مثل هذه السلطة لا يجوز توفيرها للقاضى الانجليزى ، ما لم يثبت أمام المحكمة بطريق الخبراء ، أن هذه الوسائل يجرى عليها العمل فعلا أمام محاكم الدولة الأجنبية .

يظهر لنا اذن مما تقدم ، أنه بالرغم من تقييد حرية اثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الانجليزى ، فإنه يتمتع بسلطات واسعة تعصمه من التورط فى الخطأ ، فهو يستطيع استخدام علمه الشخصى فى تقدير أقوال الخبراء . كما يملك الاستئناس بما يستقر عليه القضاء الأجنبي خاصة فى درجاته العليا . وهو يلجأ أيضاً فى التفسير إلى الوسائل الأجنبية المتبعة فى هذا الشأن ، ما دام أهل الخبرة قد استطاعوا اقناع القاضى بأنها مألوفة الاستعمال فى دولة القانون الأجنبي .

٦ ـ رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبى

لا تعرض فى انجلترا مسألة رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبى فى الصورة التقليدية المعروفة لدينا فى مصر ، والسائدة فى النظم القضائية فى أوروبا .

وإنما تقوم المحكمة العليا الانجليزية بدور محكمة الدرجة الأخيرة فى الاستئناف . وبعبارة أخرى لا يقتصر دورها على مجرد رقابة القضاء الأدنى

---

(١) أنظر مورى « أعمال لجنة القانون الدولى الخاص الفرنسية » — المرجع السابق ص ١٠٣ وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٥ .

فى سلامة تطبيق القانون . وإنما تملك دون معقب عليها أن تعيد النظر فى تقدير الوقائع كما أقرتها المحكمة المطعون فى حكمها .

وعلى هذا النحو استقر مجلس اللوردات على فحص تطبيق القانون الأجنبي وإعادة النظر فى الأحكام التى يطعن فيها أمامه ، دون التحرج من القول بأن الأمر يتعلق بالوقائع ، وأن تقدير محكمة الموضوع لا معقب عليه (١) .

٧ ـ خلاصة وتقدير :

مما تقدم نستطيع ايجاز القول فى النظام الانجليزى على النحو الآتى :

١ ـ إن القضاء الانجليزى لا ينظر إلى تطبيق القانون الأجنبي على أنه مسألة وقائع بحته ، بدليل اختصاص القضاة بنظر مسائله دون المحلفين .

٢ ـ لا يجوز للقاضى التصدى للحكم بموجب علمه الشخصى البحت بالقانون الأجنبي . وإنما يجب عليه استخلاص قواعده من الخبراء القانونيين عن طريق الشهادة الشفوية أو المكتوبة .

٣ ـ يستطيع القاضى استخدام علمه الشخصى فى مناقشة الخبراء ، والترجيح بين آرائهم . كما يجوز له الاستئناس بالقضاء المستقر فى دولة القانون الأجنبي . وينبغى عليه عند تفسيره أن يراعى الوسائل المتبعة فى هذه الدولة . بشرط الاستيثاق من اتباع هذه الوسائل عن طريق الخبراء .

٤ ـ إذا لم يتوصل القاضى بالطرق المتقدمة إلى العلم بالقانون الأجنبي ، يفترض مطابقته للقانون الانجليزى ويحكم وفقاً لقواعده .

٥ ـ وأخيراً لا تثور فى انجلتره مشكلة رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى تفسير القانون الأجنبي ، وذلك أن هذه المحكمة تعتبر بدورها محكمة وقائع . وهى تمثل آخر درجات التقاضى .

---

(١) وولف الاشارة السابقة فقرة ٢٠٩ .

وقد تعرض هذا النظام لبعض النقد ، خاصة الطريقة المتبعة فى التعرف على القانون الأجنبى عن طريق إدلاء الخبراء بشهاداتهم أمام المحاكم (١) .

إذ ليس من اليسير على الخبير الاحاطة بالطابع الخاص لنظام الشهادة أمام المحاكم الانجليزية . وعندئذ قد يقع فريسة لمناقشة ذكية من المحامين ، مما قد يؤدى إلى إدلائه بمعلومات ناقصة أو منحرفة . بل وفى كثير من الأحيان ما يحجم الخبير عن الإدلاء بكافة المعلومات تحت تأثير الاعتقاد بأن القاضى ملم بالبعض منها .

ويزداد الأمر صعوبة عندما يكون الخبير أجنبياً . ويلجأ القاضى إلى مترجم ينقل إليه العلم بالقانون الأجنبى . ومثل هذه الترجمة غير مأمونة فى نقل المصطلحات القانونية بالضبط والدقة .

وفضلا عن ذلك فان الخبير ، مهما بلغت قدرته ، لن يستطيع اعطاء صورة صادقة ودقيقة عن مسلك القضاء واتجاه الفقه ، بينما قد يهون الأمر إذا تعلق بمجرد ابراز نص تشريعى يتضمن حكم القاعدة القانونية المطلوبة .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن حضور الخبراء أمام المحكمة يفتح الفرصة للقاضى فى الاستفسار عن كافة الوسائل التى يحتاج اليها للحكم فى الدعوى . كما أن تبادل الأسئلة ومطابقة الآراء قد ييسر له الوصول إلى أرجح الآراء .

ويبدو أن سلامة النظام الانجليزى تتوقف على حسن تطبيقه والمرونة فيه فلاشك أن الخبير القادر يستطيع تقديم المعونة المجدية للمحكمة ، خاصة إذا كان محيطاً بنظام الاجراءات والقواعد الموضوعية فى القانون الانجليزى. إذ يمكن عندئذ بمنهج المقارنة والتقريب أن يبرز أوجه الخلاف والاتفاق بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى .

---

(١) نعرض هنا خلاصة للملاحظات الأساسية التى قال بها جاترج تعليقاً على النظام المتبع فى انجلترا أنظر المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها .

كما ينبغي أيضاً على القضاء الانجليزي أن يتحرر من الشروط التي يتطلبها عادة في الخبير . فهو لا يكتفي بأن يكون هذا الخبير دارساً للقانون الأجنبي أوملماً بقواعده بحكم عمله في انجلتره . وإنما يشترط أن يكون قد مارس خبرة قانونية في الدولة الأجنبية أو قام بأعمال ترى المحكمة أنها معادلة لهذه الخبرة .

وينتقد الفقه مثل هذا الجمود ، ويقرر عن حق بأن الخبرة لا تكتسب فقط بالممارسة . وإنما قد تتحقق على نحو أفضل بالدراسة والتحصيل (١) .

ومهما يكن من أمر . فان الملاحظة الأساسية التي نختم بها دراستنا للنظام الانجليزى ، هي أن الاستسلام للخصوم والشهود مهما بلغت خبرتهم لايعتبر في تقديرنا أفضل الحلول للوصول إلى علم صادق بقواعد القانون الأجنبي .

وإنما ينبغي أن يكون للقاضي دور فعال في الاستقصاء عن قواعد القانون الأجنبي والبحث عن مصادره . وهو الاتجاه الذى نرجحه بوجه عام . والذى سيتاح لنا الحديث عنه بمزيد من التفصيل عند دراسة نظامنا في مصر والجمهورية العربية . وعندئذ سنحاول ابراز بعض الوسائل الفعالة التي تكفل للقاضي القدرة على الوصول بجهد خاص إلى قواعد القانون الأجنبي .

وقد صدرت بعض القوانين في انجلتره ١٨٥٩ ، ١٨٦١ للتخفيف من اثبات القانون الاجنبي عن طريق شهادة الخبراء . ويتعلق القانون الأول بالبلاد الخاضعة للكومنولث والمستعمرات البريطانية وقتئذ. ويخص القانون الثاني الدول الأخرى بصفة عامة . والفكرة المستحدثة فيه هي الترخيص

---

(١) ويشير جاتردج إلى حالة عرضت أمام القضاء الانجليزى رفض فيها شهادة أحد الخبراء بشأن المعلومات التي أدلى بها عن القانون المنطبق في كولونيا بألمانيا ، بالرغم من أنه قد درس في احدى الجامعات الألمانية وكان يعمل مستشاراً للقنصلية البروسية بلندن . وهو ما يؤكد حرص القضاء على أن يكون الخبير قد مارس خبرة عملية في دولة القانون الأجنبي — راجع جاتردج المرجع السابق ص ٥٢ .

للقاضى الانجليزى بطلب رأى المحكمة الأجنبية فى المسألة القانونية المعروضة عليه . ويتقيد تطبيق القانون الخاص بالدول الأخرى بوجوب عقد اتفاقيات ثنائية بين انجلترا والدول التى يطلب الرأى من محاكمها . ومن أجل هذا لم يوضع هذا القانون موضع التطبيق إلا فى أضيق الحدود .

(ثانياً) النظام الألمانى (١)

٨ ـ النص التشريعى فى اثبات القانون الاجنبى :

تنص المادة ٢٩٣ من تقنين المرافعات المدنية الألمانى (ويقابلها المادة ٢٦٥ فى القانون القديم) على ما يلى :

« إن القواعد العرفية والقواعد النظامية ، وكذلك قواعد القانون المنطبق فى دولة أخرى ، ليست فى حاجة إلى إثبات إلا فى حدود عدم علم المحكمة بها . ولا تلتزم المحكمة فى سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم باثباته . وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لادراك هذه الغاية » .

ويعتبر القانون الألمانى ، بتقرير هذا النص ، من القوانين القليلة المعاصرة التى تعالج حكم اثبات القانون الأجنبى بقاعدة تشريعية .

٩ ـ القانون الالمانى يرفض اعتبار القانون الاجنبى فى حكم الوقائع :

يتضح من الحل المقرر فى النص المتقدم أن القانون الألمانى يرفض اعتبار إثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى من قبيل الوقائع . ويعترف له بطبيعته القانونية الأصيلة .

---

(١) أنظر بوجه خاص فى هذا الموضوع مقال ماريوجيليانوعن « معاملة القانون الأجنبى فى القضية المدنية » منشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول – هانزدول « تطبيق القانون الأجنبى أمام القاضى الداخلى » منشور فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٥٥ العدد الثانى ص ٣٣ – وراجع أيضاً تقرير مورى فى « أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص » سنة ١٩٤٨ – ١٩٥٢ ص٩٧ ومابعدها .

ويظهر ذلك صراحة من صياغة المادة ٢٩٣ التي تصف قواعد القانون الأجنبي بأنها قواعد قانونية . وبذلك تميزها عن مجرد الوقائع .

وهذا هو الاتجاه السائد فى الفقه الألمانى المعاصر(١) . فهو يؤمن بأن تطبيق القانون الأجنبي بأمر من المشرع الوطني لا يدمجه فى قواعد القانون الوطنى . كما لا يجعله فى حكم الوقائع . وانما تبقى له صفته القانونية والأجنبية فى نفس الوقت .

وذلك أن السماح بتطبيق القانون الأجنبي يستجيب إلى اعتبارات العدالة وتحقيقها على نحو أفضل . والمفروض عندئذ أن القاضى الوطنى يتولى تطبيق القانون الأجنبي بدلا من قضاة دولة هذا القانون . وهو يطبقه بنفس الروح ونفس الصفة . لأن اعتبارات العدالة وثمة اعتبارات اجتماعية أخرى، تفرض على القاضى الوطنى أن يحكم النزاع وفقاً للقانون الأجنبي(٢) .

والواقع فى تقديرنا أن اتجاه المشرع الألمانى قاطع فى تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي ، وأن نص المادة ٢٩٣ يضع قاعدة تنظيمية للاثبات تستجيب إلى الاعتبارات العملية على النحو الذى نبينه فيما يلى :

١٠ - تنظيم اثبات القانون الأجنبى امام القضاء الألمانى :

راعى المشرع الألمانى أن الاحاطة بقواعد القانون الأجنبي ليست بالأمر الميسور فى كافة الأحوال . ومن أجل هذا وضع قاعدة تنظيمية لاثباته ، تسمح باشتراك الخصوم فيه دون أن تعفى القاضى من هذا الواجب .

---

(١) راجع جيليانو المرجع السابق ص ٦ وقد أورد الاشارة إلى غير القليل من شراح القانون الألمانى المحدثين الذين يؤمنون باحتفاظ القانون الأجنبى بصفته وطبيعته .

(٢) أنظر هانزدول المرجع السابق ٢٣٩ – وقرب Holleaux فى تعليقه المنشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ وما بعدها . وهو يشير إلى أن الاحساس النفسانى للقاضى لا يتغير فيما إذا كان يطبق القانون الوطنى أو القانون الأجنبى .

وهو فى الصدد يعامل القانون الأجنبي معاملة العرف . فالقاعدة العرفية رغم كونها قاعدة قانونية ، تتطلب توافر عناصر مادية ومعنوية قد لا يحيط بها القاضى فى كل الأحوال . ولهذا جرى العمل على قيام صاحب المصلحة باثباتها أمام المحكمة ،دون أن يعنى ذلك اعفاء القاضى من اتخاذ كافة مايلزم للتحقق من وجودها .

وقد اعترف القانون الألمانى بأن القاضى غير ملزم بالعلم بوجود القاعدة العرفية . ولكن يجب عليه فى الوقت ذاته أن يطبقها ما دام قد استطاع العلم بمضمونها . وهو ما يستفاد صراحة من نص المادة ٢٩٣ مرافعات التى تقضى بأن القاعدة العرفية لا تكون فى حاجة إلى إثبات الا فى حدود عدم علم المحكمة بها .

وعلى غرار حكم القاعدة العرفية جاء الحكم أيضاً بالنسبة لاثبات القانون الأجنبي . فالمشرع لم يفترض علم القاضى به . وبعبارة أخرى يمكن القول إن القاعدة التى تقضى بعلم القاضى بالقانون jura novit curia ، يرد عليها استثناء يتعلق بالقواعد العرفية من ناحية ، وقواعد القانون الأجنبي من ناحية أخرى . ومثل هذا الاستثناء تسنده اعتبارات عملية بحته . ولكنه لا يفيد بأى حال تجريد القواعد المتقدمة من الصفة القانونية واعتبارها من قبيل الوقائع (١) .

نخلص إذن مما تقدم أن إثبات القانون الأجنبي أمام القاضى الألمانى يخضع لقاعدة تنظيمية تستجيب إلى الصعوبات العملية فى إدراك مضمونه . ولكن ذلك لا يؤثر على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية الأصيلة .

ومن خلال التأمل فى هذه القاعدة التنظيمية يمكن القول إن المشرع الألمانى قد ألقى على القاضى التزاماً بالبحث عن القانون الأجنبي . ولكنه

---

(١) أنظر هانزدول المرجع السابق ص ٢٤٠ – Raape القانون الدولى الخاص برلين سنة ١٩٥٥ ، مشار اليه فى مقال جيليانو السابق ص ٦

أجاز له تكليف الخصوم بتقديم المعونة فى الاثبات ، دون اخضاعهم للقواعد العامة فى عبء الاثبات .

١ — فمن ناحية يستقر الفقه الحديث (١) على أن المادة ٢٩٣ مرافعات تتضمن التزاماً صريحاً على عاتق القاضى بالبحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ex officio . يستوى فى ذلك أن يكون تطبيق هذا القانون فى منازعة قضائية أو بناء على سلطة القاضى الولائية (٢) .

ويستطيع القاضى فى سبيل العلم بالقانون الأجنبي استخدام كافة ما فى وسعه من وسائل ويستأنس القضاء بوجه خاص بالشهادات الصادرة من الهيئات القنصلية الوطنية والأجنبية ، والمعلومات التى تقدمها مراكز البحوث الألمانية (مثل معهد القانون المقارن فى ميونيخ) . كما يعتمد على الاستشارات القانونية من كبار الشراح . ويستطلع الآراء الواردة فى كتب الفقه المشهود لها بقيمة علمية خاصة .

ومن الآثار الهامة المترتبة على التزام القاضى بالبحث عن القانون الأجنبي أنه لا يجوز التخلى عن نظر الدعوى بحجة أن الخصوم قد عجزوا عن اثبات القواعد القانونية الواجبة التطبيق . وبالتالى يجوز الطعن فى الحكم ، لقصور فى التسبيب ، إذا أعلن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأن المدعى لم يتمكن من تعريف المحكمة بأحكامه . وقد استقر القضاء على هذا المبدأ منذ مطلع هذا القرن .

وأكدت المحكمة العليا فى Cologne هذا الاتجاه ، فى حكم حديث لها صدر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٠ (٣) . وقد جاء فيه أن محكمة الموضوع غير

---

(١) أنظر جيليانو المرجع السابق ص ٨ حيث يشير إلى مجموعة من شراح المحدثين للقانون الألمانى تؤكد هذا الاتجاه .

(٢) راجع Makarov « اثبات الحالة المدنية الأجنبية والقانون الأجنبى » منشور فى مجلد القانون الدولى الخاص للأسرة . جمعية التشريع المقارن باريس سنة ١٩٥٤ ص ٥٣١

(٣) منشور فى journal du droit international سنة ١٩٥٤ ص ٩٩٤

ملزمة باتباع طرق مرسومة أو محددة لاثبات القانون الأجنبى . ولايحق للطاعن الاحتجاج بأن القاعدة الاستثنائية الأجنبية يقع عبء إثباتها على من يتمسك بحكمها ، وأن فشله فى هذا الاثبات يقتضى استبعادها . وذلك أن المشرع لم يضع أى قيد على حرية المحكمة فى الاستقصاء عن القانون الأجنبى بكافة الطرق التى تراها .

يستفاد إذن مما تقدم أن الفقه والقضاء الألمانى يعتبر تدخل الخصوم فى اثبات القانون الأجنبى مجرد معاونة من جانبهم . ولكنه لايعفى القاضى من الالتزام القانونى الذى يفرض عليه البحث عن هذا القانون والتعرف عليه بكافة الطرق .

٢ — وذلك أنه من ناحية أخرى ينبغى تحديد موقف الخصوم من الاثبات . على أساس أن القانون لايضع على عاتقهم التزاماً بهذا الاثبات .

وإنما يجوز للقاضى . وهو يبذل الجهد للتعرف على قواعد القانون الأجنبى . أن يلجأ إليهم ويطلب العون فى هذا الصدد . بل وإن هذه المعاونة أمر طبيعى من جانب صاحب المصلحة الحريص على تطبيق هذا القانون .

ولما كان الخصم غير ملزم قانوناً بتقديم معلومات عن القانون الأجنبى ، فان القاضى بطبيعة الحال لايتقيد أيضا بالعلم الذى يستقيه منه . بل وإن القاضى يتعين عليه تطبيق القانون الأجنبى دون طلب من الخصوم ، ورغما عنهم إذا تمسكوا بالقانون الألمانى بدلا من القانون المختص الذى أشارت به قاعدة الاسناد الوطنية .

وهكذا يتضح لنا أن واجب الخصم يقتصر على معاونة المحكمة فى التعرف على القانون الأجنبى إذا كان ذلك فى استطاعته . ولكن المحكمة لاتملك القاء عبء الاثبات عليه . إذ يقع هذا الالتزام على عاتق القاضى بقوة القانون .

وقد أكدت المحكمة العليا فى ميونيخ هذا المعنى فى حكم لها فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٢ جاء فيه إن القاضى يستطيع طلب معونة الخصوم للعلم بالقانون الأجنبى . ولكن لايجوز تطبيق القواعد التى تحكم إثبات الوقائع ، وبصفة خاصة لايجوز استبعاد القانون الأجنبى بحجة فشل صاحب المصلحة فى اثباته وذلك أن للقاضى البحث عن هذا القانون بكافة وسائل الاستعلام (١) .

نخلص إذن مما تقدم : أن القاضى لا يملك مطالبة الخصوم باثبات القانون الأجنبى على سبيل الالزام . وهو ما يؤكد بطريقة قاطعة عدم جواز اعتبار هذا القانون من قبيل الوقائع .

وإنما يستطيع القاضى طلب العون من الخصوم ، والمشاركة فى البحث عن مضمون القواعد الواجبة التطبيق .

ولكن فشل الخصوم لا يعفى القاضى من متابعة البحث . ذلك أن القانون الالمانى قاطع فى أن اثبات القانون الأجنبى واجب على القاضى ،شأنه شأن كافة القواعد القانونية بوجه عام .

ولئن كان المشرع قد أقر مبدأ تعاون الخصم والقاضى فى هذا الاثبات فإن الحكمة من ذلك هى الصعوبات العملية التى قد يصادفها القضاء إذا ما انفرد بالبحث وحده . وفى هذا الصدد يتلاقى القانون الأجنبى مع القواعد العرفية الوطنية على النحو السابق بيانه .

١١ ـ مدى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى :

كان من المتوقع أن يتابع المشرع الألمانى منطقه فى معاملة القانون الأجنبى من حيث الاثبات . وأن يقرر سلطة المحكمة العليا فى الرقابة على تطبيقه وتفسيره بواسطة قاضى الموضوع .

ومع ذلك نجد الفقه والقضاء السائد مستقراً على أن خطأ محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف فى تفسير القانون الأجنبى لا يجيز للمحكمة العليا

(١) طالعنا هذا الحكم فى مقال جيليانو المشار اليه ص ٩

سلطة التعديل (١) . وقد أكدت هذه المحكمة اتجاهها فى حكم حديث فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥٦ (٢) .

ويستخلص هذا المبدأ صراحة ، وفقاً للرأى الراجح ، من المادة ٥٤٩ فى تقنين المرافعات المدنية الجديد (يقابلها المادة ٥١١ فى القانون القديم) . فهى تقضى فى فقرتها الأولى بأن الطعن بالتعديل لايقبل إلا عند مخالفة قاعدة قانونية ألمانية من القواعد الاتحادية .

بل ويضيف الشراح ، تعليقاً على هذا النص ، أن مهمة المحكمة العليا تتعارض مع تمكينها من سلطة الرقابة على مخالفة القانون الأجنبي أو الخطأ فى تفسيره . إذ تقتصر هذه المهمة على توفير الوحدة والتناسق فى تطبيق القضاء لقواعد القانون الوطنى فقط . وكما يقول أحد الفقهاء إن المحكمة العليا مكلفة بالمحافظة على وحدة القانون داخل البلاد ، ولايجوز لها تجريح سلطانها بنظر الأحكام الخاطئة المتعلقة بالقانون الأجنبي (٣) .

وفى تقديرنا أن هذا الموقف يبدو غريباً فى ظل التقدير الألمانى لفكرة القانون الأجنبي عند إثباته . فالتزام القاضى باثباته ، وتكليف الخصوم بمعاونته دون فرض الواجب عليهم فى هذا الصدد ، يرقى بالقانون الأجنبي إلى مرتبة القواعد القانونية البحته . ويجعله فى منزلة القواعد العرفية التى تتعاون المحكمة مع الخصوم فى سبيل التعرف عليها .

وكان منطق هذه المعاملة يقتضى إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا أيضاً . وهو جهد ليس بعزيز على قضاتها . إذ الأولى بهم أن

---

(١) أنظر Lewald « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القوانين الأجنبية – دراسة فى القضاء المقارن » منشور بمجموعة أكاديمية لاهاى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٢٠٥ وما بعدها وخاصة ص ٢٨٦

(٢) journal du droit international سنة ١٩٥٨ ص ١١٤١

(٣) أنظر مقال جليانو المشار اليه سابقا ص ١٠ ، وقد جاءت فيه هذه الاشارة .

يملكوا القدرة الفنية والعملية على الدراية بالقانون الأجنبي ، ما دام المشرع الألماني قد ألزم قضاة محاكم الموضوع بالبحث عنه .

وينتقد بعض الفقه الألماني الحديث هذا الاتجاه السائد (١). ويعلن ايمانه بوجوب فرض رقابة شاملة من المحكمة العليا على محكمة الموضوع فى تطبيق القانون الأجنبي . وهى رقابة تمليها اعتبارات العدالة والأمن القانونى .

ولا يصح فى تقدير هذا الفقه الاحتجاج بأنه يخرج عن سلطة المحكمة العليا اتخاذ اجراء تحقيق أو تحرى . ذلك أن العمل الذى تقوم به المحكمة وهى تبحث عن القانون الأجنبي ليس من قبيل التحقيقات التى تتصدى لها المحاكم بالنسبة للوقائع . وإنما هو عمل قريب الشبه بسلطة المحكمة العليا وهى تحاول التحقق من وجود القاعدة العرفية . بل وهو لا يختلف فى طبيعته عن جهد المحكمة فى الكشف عن مضمون القواعد القانونية بوجه عام .

وهو يضيف إلى ذلك أن عدداً كبيراً من النظم القانونية الأجنبية يقر سلطة المحكمة العليا فى نقض الأحكام التى تخطىء فى تطبيق القانون الأجنبى مثل النظام الايطالى والروسى . وكذلك الحال أيضاً فى كل من البرتغال والنمسا وتشيكوسلوفاكيا ، وبولنده ويوغوسلافيا .

ومن هذه التجربة الأجنبية الواسعة المدى يمكن التغاضى عن العقبات المزعومة التى أثيرت ضد تمكين المحكمة العليا من سلطة الرقابة . فلا محل إذن للخشية من هذه الرقابة فى النظام الألمانى .

ومن أجل هذا كله يسود الاتجاه إلى إعتبار نص المادة ٥٤٩ مرافعات من النصوص الاستثنائية التى لا يجوز القياس عليها . وبعبارة أخرى يكون الحكم المقرر فيها قيداً على النتائج الطبيعية التى كان ينبغى أن تترتب على اعتبار

---

(١) أنظر هانز دول المرجع السابق ص ٢٤٧ ومابعدها وخاصة ص ٢٤٩ .

القانون الأجنبي من القواعد القانونية ، والتي من بينها بصفة خاصة الاعتراف بسلطة المحكمة العليا فى الرقابة على تطبيقه وتفسيره .

ولما كان حكم هذا النص يمثل قيداً على المبدأ عام ، فقد استقر الفقه والقضاء على جواز تعديل الأحكام الصادرة من محاكم العمل إذا أخطأت فى تطبيق القانون الأجنبي ،خلافاً لما هو مقرر فى شأن الدعوى المدنية(١) .

بل وإن هذه الرقابة قد فرضت فى بعض حالات استثنائية ،حتى بالنسبة للدعاوى المدنية ، وذلك على النحو الآتى :

١ ـ فمنذ سنة ١٩٣٢ أجيز الطعن بالتعديل إذا كان الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق قانون أجنبي ، وكانت قواعد الاسناد فى هذا القانون الأجنبي تتضمن الاحالة إلى القانون الألمانى .

والحكمة من قبول الطعن فى هذا الصدد أن التطبيق الصحيح للقانون الأجنبي يفضى إلى تطبيق القانون الألمانى على موضوع النزاع . بينما يؤدى التطبيق الخاطىء إلى مخالفة القواعد القانونية الوطنية ، على أساس أنها استبعدت على خلاف ما ينبغى أن يكون . (٢) .

وقد أكدت المحكمة الاتحادية الألمانية هذه الرقابة فى أحدث أحكامها . فقضت فى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٨ بأنه يجوز فرض الرقابة على قاضى الموضوع إذا خالف قواعد الاسناد الأجنبية (٣) . فهذه المخالفة تؤدى إلى استبعاد تطبيق القانون الألمانى. وعمل القاضى فى هذا النطاق لا يمس موضوع الدعوى فى ذاتها . وإنما يكون قاصراً على تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق . وهو يبحث عنه فى قاعدة الاسناد الوطنية أولا ، ثم فى قاعدة الاسناد الأجنبية ثانياً . إذ من المعلوم أن النظام الألمانى يقر مبدأ الاحالة إلى قانون القاضى .

---

(١) جيليانو المرجع السابق ص ١١

(٢) هازدول المرجع السابق ص ٢٤٧

(٣) المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٥٨ ص ٥٤٦

ومن ثم يجب إخضاعه لرقابة المحكمة العليا لامكان توفير الفرصة لتطبيق القانون الصحيح الذى تشير به قاعدة الاسناد .

٢ - والاستثناء الثانى هو جواز قبول الطعن بالتعديل إذا كانت محكمة الاستئناف طبقت القانون الأجنبي على نحو يخالف مبادىء النظام العام الألمانى. وهو استثناء طبيعى تفرضه فى الواقع القواعد العامة . التى ترخص للمحكمة العليا رقابة قضاء الموضوع فى تقدير فكرة النظام العام . وعدم جواز تطبيق قواعد قانونية تخالفها أيا ما كانت طبيعة هذه القواعد .

١٢ - خلاصة وتقدير :

نخلص مما تقدم أن النظام الألمانى يعتنق موقفين متعارضين بشأن تطبيق القانون الأجنبي . فهو بالنسبة للاثبات يبدأ من الايمان بأن القانون الأجنبي يعتبر من قواعد القانون . وبذلك يلزم القاضى بالبحث عنه بكافة الطرق . ويمنحه الحق فى طلب معونة الخصوم دون إلقاء عبء الاثبات عليهم .

أما بالنسبة لرقابة المحكمة العليا . فهو يضع نصاً تشريعياً يقف عقبة فى سبيل توفير هذه الرقابة . وبذلك يطلق الحرية لقضاة الموضوع فى التطبيق والتفسير .

ويتجه الفقه والقضاء الحديث إلى إعتبار هذا الحكم استثنائياً لا يجوز القياس عليه . وهكذا أجيزت الرقابة على محاكم العمل فى تطبيق القانون الأجنبي . كما تقررت بعض استثناءات يجمعها فكرة أن التطبيق الخاطىء الذى يؤدى إلى المساس بسلامة القواعد الوطنية الألمانية يخضع للرقابة . وبوجه عام يتذمر بعض الفقه من هذا النص التشريعى الذى حال دون توفير الرقابة الشاملة . ويستأنس بنجاح تجربة الرقابة فى القانون المقارن ، وعلى مدى واسع فى غير القليل من الدول . على النحو السابق تفصيله .

وفى تقديرنا أن موقف المشرع الألمانى فيه بعض الغرابة . فهو يؤكد حرصه على معاملة القانون الأجنبي معاملة القواعد القانونية : شأنه شأن العرف ، بالنسبة للاثبات . ويأتمن قضاة الموضوع على البحث عن القانون

الأجنبي. بل ويلزمهم بذلك متخطياً كافة العقبات العملية التي قد تعوق هذا البحث. ثم يضن على المحكمة العليا، وقضاتها أكثر خبرة وأوسع فرصة، في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي والوقوف على قواعده الصحيحة.

(ثالثاً) النظام الايطالى[1]:

أول ملاحظة ينبغي الأدلاء بها عند بحث النظام الايطالى هى عدم وجود نصوص تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي، أو رقابة محكمة النقض على تفسيره. وبذلك تستخلص الحلول التى نعالجها فيما يلى من اتجاهات الفقه والقضاء.

١٣ ـ تمهيد ـ عناية فقهية خاصه بطبيعة القانون الأجنبى

اهتم الفقه الايطالى بوجه خاص بطبيعة القانون الأجنبى وصفته عند التطبيق أمام القضاء الوطنى. وقد تأثر هذا الفقه بتعاليم انزلوتى Anzilotti فى مطلع هذا القرن، والتى تؤكد الازدواج المطلق للنظام الداخلى والنظام الدولى.

ومن خلال هذا النظر ظهرت الفكرة التى تنادى بخصوص النظام القانونى Exclusivisme. ويقصد بها قصر الطبيعة القانونية على مايندمج فى نظام معين، وإنكارها على كل ما يخرج عنه[2].

ولا يتصور تقرير قيمة قانونية معينة لأى نص أجنبى الا باضافته للنظام القانون الداخلى، وبذلك يجب منح الصفة الوطنية لكل قاعدة قانونية يطبقها القضاء الوطنى حتى ولو كانت من أصل أجنبى.

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع بوجه خاص مقال جيليانو المشار اليه سابقاً ص ١٩ وما بعدها – كوادرى فى اثبات القانون الاجنبى مقال منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٣ – باتيفول فى مؤلفه عن القانون الدولى الخاص فقرة ٣٢٧ – Lewald «رقابة المحاكم العليا فى تطبيق القوانين الأجنبية». منشور فى مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاى سنة ١٩٣٦.

(٢) أنظر فى هذا المعنى Ago محاضرات أكاديمية القانون الدول بلاهاى سنة ١٩٣٦ ص ٣٠٢

ومن الواضح أن هذا التصوير لقواعد القانون الأجنبي ، ونفى الصفة الوطنية عنه ما دام لم يندمج فى القانون الوطنى ، يتأثر إلى حد بعيد بالنظرية البحتة للقانون عند كلسن ، التى تؤمن بأن القانون يرتد إلى مشيئة الدولة ، وأن الدستور هو قمة التنظيم القانونى الذى تنبع منه كافة القواعد القانونية(١).

ويظهر الخلاف بين الشراح عند محاولة وضع أساس فنى لادماج القانون الأجنبي فى القانون الوطنى واعتباره جزءاً منه .

فالبعض يؤمن بفكرة الادماج المادى أو الموضوعى . ومقتضاها أن القاعدة القانونية تفقد صفتها الأجنبية. ويندمج مضمونها فى القواعد الوطنية. وبعبارة أخرى يمكن القول بأن محتويات القانون الأجنبي تذوب فى وعاء القانون الوطنى ، وتصير جزءاً منه ، ومعنى ذلك أن القانون الوطنى يعتنق بالنسبة للحالة المعروضة أمامه قواعد موضوعية مماثلة للقواعد المقررة فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق(٢) .

ويكتفى البعض الآخر بالاندماج الشكلى أو الخارجى (٣) . ومعناه أيضا أن قواعد القانون الأجنبى تصير جزءاً من القانون الوطنى ولكنها تحتفظ بمعالمها وطابعها . ويتميز هذا الاتجاه بأن تحديد مضمون القانون الأجنبى وتفسيره يتم وفقاً للأصول المتبعة فى دولة هذا القانون ،خلافاً للاتجاه السابق الذى يؤدى إلى فناء القواعد الأجنبية فى القواعد الوطنية ، وإخضاع تفسيرها للأساليب المقررة فى قانون دولة القاضى .

ويؤيد هذا الاتجاه الأخير بعض الفقه الايطالى المعاصر ، ويؤكد أن

---

(١) راجع باتيفول « نظرات فلسفية فى القانون الدولى الخاص » ص ١٢٠ — وأنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للقانون ص ٣١٣ وما بعدها .

(٢) أنظر فى الاشارة إلى الفقهاء الايطاليين أصحاب هذا الرأى ، باتيفول « القانون الدولى الخاص » فقرة ٣٢٧ هامش ٣ — مورى « القواعد العامة لتنازع القوانين » فقرة ٥٢ وما بعدها .

(٣) قال بهذا الرأى Ago فى كتابه بالايطالية عن القانون الدولى الخاص ، أنظر الاشارة اليه مورى المرجع السابق فقرة ٥٨ ، باتيفول المرجع السابق ص ٣٨١ .

القاعدة القانونية التي يطبقها القاضي لا يمكن أن تكون سوى قاعدة وطنية (١)

ومن هذا يظهر لنا أن الاتجاه العام فى الفقه الايطالى ، مع اختلاف فى التبرير وفى بعض النتائج ، يؤمن بوجوب اكتساب القانون الأجنبي الصفة الوطنية عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى .

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد ، باعتبار أنه ليس من الطبيعى أن ندمج فى نظام قانونى معين قواعد قانونية غريبة عنه . وأحس بعض الشراح الايطاليين بشذوذ هذا الوضع . واتجهوا حديثاً نحو التمييز بين النظام القانون الوطنى والأجنبي (٢) .

وفى تقديرنا أن الفقه الايطالى قد تورط فى تعقيد المشكلة ، واندفع فى محاولات غامضة ومفتعلة لتحديد طبيعة القانون الأجنبي . ولكن يحمد له على أية حال تأكيد الاتجاه بأن القانون الأجنبي لا يتحول إلى مجرد واقع عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى .

مهما يكن من أمر فأن إرهاق الفقه للمشكلة من الوجهة النظرية لم يترتب عليه اتفاق الشراح على الحلول العملية الواجبة الاتباع بشأن إثبات القانون الأجنبي ، ورقابة محكمة النقض . بل إن البعض منهم ، رغم تسليمه بالطبيعة القانونية للقواعد الأجنبية . يرى الاستسلام للاعتبارات العملية ، وعدم الزام القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه وبالبحث عنها (٣) .

وفيما يلى نعالج مسألة الاثبات . ثم ننتقل إلى رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي .

---

(١) أنظر كوادرى المقال المنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ص ١ وما بعدها .

(٢) أنظر باتيفول « نظرات فلسفية فى القانون الدولى الخاص » ١٢١ ، وأنظر أيضاً مؤلفه المشار اليه سابقاً ص ٣٨١ هامش ٤ .

(٣) راجع كوادرى المقال المشار اليه سابقاً .

١٤ - اثبات القانون الاجنبى امام القضاء الايطالى :

كان الاتجاه الأول فى القضاء الايطالى إلى إعتبار قواعد القانون الأجنبى من قبيل الواقع . وبالتالى يلتزم صاحب المصلحة فى الدعوى باثبات القواعد الذى يستند اليها .

والفكرة الأساسية التى تبرز من أحكام هذا القضاء أن قوانين الدولة الأجنبية تعتبر فى إيطاليا فى حكم الوثائق والأوراق المقدمة فى الدعوى ، أو فى حكم العقود . وبذلك لا يعتد بها إلا بقدر ما يستطيع الخصم إثبات وجودها .

بل ويظهر هذا الاتجاه أيضاً فى بعض الأحكام الحديثة . ومن قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة نابولى فى ٤ مارس سنة ١٩٥٥ والذى يقضى صراحة بأن « القانون الأجنبى يجب أن يعتبر مسألة واقع ، بما يترتب على ذلك من عدم جواز تطبيق القاضى له تلقائياً . ووجوب تمسك الخصم به وإثبات مضمونه (١) .

وبالرغم مما تقدم ، يرى الفقه الايطالى الحديث أن الفحص الدقيق والعميق لأحكام القضاء يفضى إلى تأكيد القول بأن الاتجاه القضائى السائد ، هو اعتبارتطبيق القانون الأجنبى مسألة قانونية . ولعله يكفى فى سبيل تعزيز هذا النظر التأمل فى بعض الأحكام الهامة التى أصدرها القضاء الايطالى (٢)، واستخلاص بعض المبادىء التى تتمشى مع منطق معاملة القانون الأجنبى معاملة القواعد القانونية .

---

(١) فى هذا المعنى أيضاً محكمة استئناف تورينو فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٦ - محكمة تريستا فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٨ - حكم المحكمة العليا فى ١١ نوفبر سنة ١٩٥٨ ، وحكم الجمعية العمومية لهذه المحكمة فى ٢ مايو سنة ١٩٦٠. راجع هذه الأحكام كلها منشورة فى مقال جيليانو المشار اليه سابقاً ص ٢٠ .

(٢) أنظر جيليانو المرجع السابق ص ٢١ .

١ — فيلاحظ أولاً أن أحكام القضاء الايطالى قد تواترت على أن القاضى يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ فى ٣٠ أبريل ١٩٥٥ بقولها ، إن القاضى يستطيع تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ما دام هو القانون المختص بنظر النزاع وفقاً لقاعدة الاسناد (١) .

ويمكن تأصيل هذا المبدأ بالنظر إلى وظيفة قواعد الاسناد التى تحدد القانون الواجب التطبيق . فالواقع أن تطبيق القانون الأجنبى يكون بأمر من الدولة التى يحكم القاضى باسمها . والمفروض فى القاضى أن يمتثل لأوامر دولته . وقد تأكدت هذه الفكرة فى الكثير من أحكام المحكمة العليا الايطالية وتأثر البعض منها باتجاهات الفقه الايطالى فى ادماج القانون الأجنبي فى القانون الوطنى واعتباره جزءاً منه .

وقد تردد المبدأ المتقدم فى أحدث أحكام المحكمة العليا فى ١٣ نوفمبر ١٩٥٩ فقضت بأنه عند عدم تعاون الخصوم فى إثبات القانون الأجنبي ، يتصدى القاضى للتعرف عليه بكافة وسائله فى المعرفه (٢) .

وتميز هذا الحكم باتخاذ موقف فقهى من طبيعة القانون الأجنبى . فهو لا يأنس إلى إدماج القانون الأجنبي فى قواعد القانون الوطنى إدماجاً موضوعياً ولكنه يشير إلى احتفاظه بالصفة القانونية وانتمائه إلى نظام آخر غير النظام الوطنى . وفى هذا الصدد نلمس اتجاهاً جديداً فى القضاء الايطالى يخرج عن المألوف . ويرى أن القانون الأجنبي تبقى له طبيعته وصفته الأجنبية .

٢ — ويلاحظ ثانياً أن القضاء الايطالى لايلزم الخصوم باثبات مضمون القانون الأجنبى . وبعبارة أخرى لا يلقى عبء الاثبات عليهم كما هو الحال بالنسبة للوقائع التى يدعيها أحدهم .

---

(١) Journal droit international سنة ١٩٥٧ ص ١٦٨

(٢) أنظر هذا الحكم فى مقال جيليانو المشار اليه ص ٢٣ — كما يتضمن هذا المقال أيضاً مجموعة كبيرة من أحكام القضاء القديمة والحديثة التى تدعم الاتجاهات الواردة فى المتن .

ومنطق هذا الاتجاه أن القاضي ليست له فقط مجرد السلطة فى البحث عن القانون الأجنبي . وإنما يقع عليه التزام هذا البحث تلقائياً ، دون حاجة إلى تمسك الخصوم به .

وغنى عن البيان أن القاضى حر أيضاً فى تقدير الأدلة التى يقدمها الخصوم فى الدعوى ، وفى تكوين اقتناعه بها أو استبعادها .

والواقع أن القاضى الايطالى قد يعتمد على معاونة الخصوم فى الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي . وهم فى هذا الصدد يقدمون عادة النصوص التشريعية الأجنبية ، وآراء قانونية مكتوبة صادرة عن الفقهاء الايطاليين والأجانب ، وشهادات صادرة من الهيئات الدبلوماسية والقنصلية سواء كانت وطنية أو أجنبية ، وكذلك أيضاً كتب الشراح وبحوثهم ، وكافة المستندات المجدية فى تيسير العلم بقواعد القانون الأجنبي ومضمونها .

وقد اعتادت المحاكم الاكتفاء بفحص هذه المستندات ، دون أن تكلف نفسها عناء البحث الشخصى أو اتخاذ اجراء تلقائى للعلم بالقانون الأجنبي وقالت محكمة ميلانو فى أحد أحكامها أن هذا المسلك مرده إلى كسل القاضى ، ورغبته فى تجنب مشقة البحث المضنى الذى لا تؤمن عاقبته (١) .

ولا يزال بعض الفقه الحديث يستند إلى الدور الذى يلعبه الخصوم فى إثبات القانون الأجنبي للقول بأنه يعتبر فى حكم الوقائع (٢) . كما يؤكد البعض الآخر سلامة هذا الوضع ازاء الصعوبات العملية فى التعرف على القانون الأجنبي ، ورغم التسليم باعتبار قواعده من القواعد القانونية(٣) .

---

(١) حكم صادر من محكمة ميلانو فى ١٠ يونية ١٩٤٩ مشار اليه فى مقال جيليانو ص ٢٥

(٢) يقول بهذا الرأى الفقهاء فتنوريني ، وساتا ،فى مقالين منشورين فى الكتاب السنوى للقانون الدولى سنة ١٩٤٩ ، ١٩٥١ وهو ينشر باللغة الايطالية . مشار اليهما فى مقال جيليانو ص ٢٥ .

(٣) راجع كوادرى فى دروس القانون الدولى الخاص بقسم الدكتوراه بالاسكندرية ، المستخرج الخاص عن اثبات القانون الأجنبى سنة ١٩٦١ (على الآلة الكاتبة) .

ويمكن أن نخلص مما تقدم إلى أن أشتراك الخصوم فى إثبات القانون الأجنبى لا يرقى إلى مرتبة الالتزام القانونى كما هو الحال فى شأن الوقائع . ولكنه استجابة للعقبات العملية التى قد تعوق القاضى وهى فى سبيل البحث عن قواعد القانون الأجنبى .

١٥ — رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الاجنبى :

ليس فى نصوص القانون الايطالى ، كما هو الحال فى القانون الألمانى ، ما يمنع فرض سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تطبيق القانون الأجنبى . بل على النقيض من ذلك جاء نص المادة ٣٦٠ من تقنين المرافعات الصادر سنة ١٩٤٠ ، فى صياغة واسعة ومرنة تسمح بتوفير هذه الرقابة . فهو يقضى بجواز الطعن بالنقض إذا كان هناك مخالفة لقاعدة قانونية أو خطأ فى تطبيقها (١) .

ومن الواضح أن استعمال عبارة القاعدة القانونية يسمح بانصراف معناها إلى القانون الأجنبى فى ظل التصوير الذى يحتفظ لهذا القانون بطبيعته القانونية . وهو الاتجاه السائد كما نعلم فى الفقه والقضاء الايطالى .

وعلى ضوء ما تقدم استقر القضاء الايطالى منذ أواخر القرن التاسع عشر حتى الآن على تقرير رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع فى تطبيقه للقانون الأجنبى ، ما دام هذا القانون قد وجب تطبيقه وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية (٢) .

وبذلك يجوز الطعن بالنقض فى كل حكم أغفل تطبيق القانون الأجنبى أو تضمن مخالفة أو خطأ فى تطبيقه .

---

(١) أنظر مورى التقرير المنشور فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ — ١٩٥٢ ، ص ١٠٠

(٢) أنظر Lewald « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القانون الأجنبى » مستخرج خاص من مجموعة محاضرات القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ ، ص ٩٠ وما بعدها — جيليانو المقال المشار اليه سابقاً ص ٢٦ وما بعدها .

والفكرة السائدة التي تسند هذه الرقابة هي أن القاضي الايطالي يطبق القانون الأجنبي بأمر من دولته ، وليس بأمر المشرع الأجنبي .

١٦ ـ خلاصة وتقدير :

يمكن ايجاز الوضع السائد في القانون الايطالي على النحو التالي :

١ ــ لا يتضمن القانون نصوصاً تشريعية تحكم إثبات القانون الأجنبي أو رقابة محكمة النقض على تطبيقه . وبذلك ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء .

٢ ــ استقر الفقه في اتجاهه السائد رغم اختلاف وجهات النظر التفصيلية على الاحتفاظ للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، مع ميل غالب إلى إكتسابه الصفة الوطنية .

٣ ــ تضاربت أحكام القضاء حتى كادت أن تستقر على الزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه . وهو يملك البحث عنه بوسائله الخاصة . ولكن جرى العمل على الاعتماد على جهد الخصوم في هذا الصدد . إزاء الصعوبات العملية التي يلاقيها القاضي .

٤ ــ أخيراً اتفق القضاء منذ زمن بعيد على تقرير سلطة المحكمة العليا في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي .

ومن هذا كله نخلص إلى أن النظام الايطالي قد قطع شوطاً بعيداً في طريق معاملة القانون الأجنبي على قدم المساواة مع القانون الوطني . ولا يظهر الفارق في المعاملة إلا فيما جرى عليه العمل من أن الخصوم عادة هم الذين يتكلفون باثبات القانون الأجنبي .

(رابعاً) النظام الفرنسي :

يشترك النظام الفرنسي مع النظام الايطالي في عدم وجود قواعد تشريعية تحكم مسألة اثبات القانون الأجنبي ، ورقابة محكمة النقض على تفسيره

وعلى هذا النحو جاءت الحلول العملية وليدة جهود فقهية وقضائية ، متنوعة ومتطورة ، على مدى زمن طويل .

١٧ ـ اثبات القانون الاجنبى أمام القضاء الفرنسى :

كان الفقه الفرنسى القديم يسلم فى بساطة بأن على القاضى واجب تطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه ، ودون طلب الخصوم ، مادامت قاعدة الاسناد الوطنية أشارت بتطبيق هذا القانون ، وسواء كانت هذه القاعدة تشريعية أو غير تشريعية .

بل وإن سكوت الخصوم عن طلب تطبيق القانون الأجنبى أو إثباته لا ينبغى أن يعوق تلبية إرادة المشرع فى إخضاع النزاع لقواعد قانونية معينة .

ولئن كان العمل قد جرى على اشتراك الخصم فى إثبات القانون الأجنبى بتقديم نصوص تشريعية أو شهادات رسمية أو أقوال الفقهاء ، فان القاضى له كل الحرية فى أن يحكم وفقاً لغير ما قدم الخصوم من وثائق . وعندما يعجز تماماً عن التعرف على القانون الأجنبى ، يفترض موافقته لقواعد القانون الوطنى ، ويحكم فى الدعوى وفقاً لهذا الافتراض (١).

ولكن القضاء الفرنسى استقر فى إصرار على تأكيد مبدأ آخر : هو أن اثبات مضمون القانون الأجنبى يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه . ويستطيع القاضى التصدى لتطبيقه من تلقاء نفسه . ولكنه غير ملزم بهذا التطبيق بحكم القانون مالم يطلب اليه ذلك . وفيما يلى نفصل ما أجملناه :

١ ــ أول ما يستخلص من اتجاه القضاء الفرنسى أو اثبات القانون الأجنبى يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه (٢) .

---

(١) أنظر Weiss القانون الدولى الخاص الطبعة الثامنة ص ٣٩٨ .

(٢) راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ٢ مارس سنة ١٩٦٠ ، منشور فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٠ ص ٩٧ ــ نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ ، مجلة الأسبوع القانونى ، قسم ٢ ص ٤٥٣٢ مع تعليق فاسير ــ نقض مدنى ٢٦ ابريل سنة ١٩٥٠ دالوز سنة ١٩٥٠ ص ٣٦١ مع تعليق لينوان .

وقد اعتاد الخصوم لتعريف القاضى بحكم القانون الأجنبى تقديم ما اصطلح على تسميته بالشهادات العرفية certificats de coutume وشهادة العرف هى ورقة مكتوبة تصدر عن أهل الخبرة المتخصصين فى العلم بالقانون الأجنبى . وهو اصطلاح مستعار مما جرى عليه العمل فى فرنسا قديماً عندما كانت كل مدينة محكومة بعرف خاص بها ، وكان على الشخص عند التمسك بعرف معين أمام محاكم مدينة أخرى أن يقدم شهادة تثبت وجود ومضمون القواعد التى يطالب بتطبيقها .

ولا تعتبر هذه الشهادات الوسيلة الوحيدة المقبولة فى الاثبات . كما هو الحال مثلا بالنسبة لشهادة الخبراء القانونيين فى النظام الانجليزى ، وإنما يجوز للقاضى قبول أية وسيلة للعلم بالقانون الأجنبى (١) . وهو يقدر بسلطان مطلق قيمة كل دليل .

ويجب عليه عند تقدير الأدلة بيان الأسباب التى من أجلها استبعد أحدها أو البعض منها ، وإلا يتعرض حكمه للنقض لقصور فى التسبيب (٢) .

٢ – ويستخلص ثانياً من اتجاه القضاء الفرنسى أن القاضى يستطيع التصدى لتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه إذا أراد (٣) .

ومعنى ذلك أن القاضى يملك البحث عن مضمون القانون الأجنبى ، بمحض ارادته ، إذا عجز الخصوم عن إثباته . وفى تقديرنا أن النظام الفرنسى يبتعد فى هذا الصدد عن اعتبار القانون الأجنبى من قبيل الوقائع . إذ

---

(١) راجع حكم محكمة استئناف اكس فى ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ ، سيرى سنة ١٩٤٨ ، القسم الثانى ص ٨٢ تعليق نيبواييه – وأنظر مورى التقرير المقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ – ١٩٥٢ ، ص ١١٣ .

(٢) أنظر نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٥٠ المشار اليه سابقاً . وفيه نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه لأنه رفض دليل الاثبات المستخلص من كتاب فقهى دون ابداء الأسباب .

(٣) أنظر نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٦٠ السابق الاشارة اليه – وكذلك نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٥٤ ص ٨٦١

من المعلوم أن القاضى ممنوع من تقدير الوقائع واستخلاصها بموجب معلوماته الشخصية .

بينما يرى البعض أن هذه السلطة لا تنفى عن القانون الأجنبى اعتباره فى حكم الواقعة . وذلك أن القاضى ممنوع من التصدى للوقائع المتعلقة بالخصوم فقط . أما الوقائع العامة فهو يملك تقديرها والقضاء بموجبها ، مادامت هذه الوقائع مشهورة أو كان العلم بها ميسوراً للكافة (١) .

ويبدو لنا أن التفرقة المتقدمة فى شأن الوقائع غير مألوفة فى نظرية الاثبات فالنظام الفرنسى ، مثل النظام المصرى ، يقصر اعفاء الخصوم من الاثبات على قواعد القانون فقط . أما الوقائع فليس على القاضى أن يتصدى لمشقة البحث عنها أوتقديرها أو الحكم فيها وفقاً لعلمه الشخصى ، دون تفرقة بين وقائع عامة وخاصة . أو وقائع مشهورة ومجهولة (٢) .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن المبدأ المستقر أمام القضاء الفرنسى هو حرية القاضى المطلقة فى التصدى تلقائياً للكشف عن مضمون القانون الأجنبى والالمام بقواعده (٣) .

فاذا عجز الخصوم عن الاثبات . وأخفق القاضى فى بحثه ، أو لم يتصدى له فعندئذ يحكم لقواعد القانون الفرنسى . على أساس ما يسمى الاختصاص الاحتياطى العام لقانون القاضى (٤) .

---

(١) قارن باتيفول طبعة ١٩٥٩ ، ص ٣٨٧ .

(٢) راجع موتولسكى المقال المنشور فى دراسات مورى حـ ١ فقرة ٢٠ ، ٤٦ .

(٣) أنظر ليروبور بيجونيير ولسوارن موجز الدولى الخاص فى داللوز فقرة ٣١٥ – أوبرى ورو وبارتان الجزء ١٢ الطبعة الخامسة فقرة ٧٤٩ هامش ٣ مكرر – مورى التقرير المشار اليه .

(٤) باتيفول فقرة ٣٥١ – ليروبور بيجونيير ولسوران فقرة ٣١٥ – وراجع فى هذا الموضوع بصفة عامة «مورى» «القواعد العامة لتنازع القوانين» فقرة ٦٨ .

وهذا الحل الأخير يؤكد مرة أخرى نفى صفة الواقع عن القانون الأجنبي . إذ المفروض بصدد الوقائع ، أن الخصم وحده يكلف باثباتها . فاذا لم يتيسر له ذلك فهو يخسر الدعوى دون أن يقوم القاضي بأى جهد خاص للمضي فيها (١) .

٣ — ومن ناحية أخيرة نجد أن حق القاضي الفرنسي فى البحث عن مضمون القانون الأجنبي بمحض مشيئته، لا يقابله التزام قانونى بتطبيق هذا القانون ما لم يطلب اليه ذلك . وإذا طلب الخصوم تطبيق القانون الأجنبي فهو غير مكلف بالعلم به والكشف عن مضمونه (٢) .

ويفسر بعض الفقه الاتجاه المتقدم بأن تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية عندما يؤدى إلى اختصاص قانون أجنبي بنظر الدعوى لا يعتبر من النظام العام وفقاً لقواعد المرافعات الفرنسية . إذ الأصل هو تقرير الاختصاص التشريعى العام للقانون الفرنسى لحكم المنازعات . ولما كان الأمر كذلك فان القاضى لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي إلا بناء على طلب الخصوم (٣) .

ونحن نميل مع فقه آخر إلى أن أعمال قاعدة الاسناد الوطنية ، سواء أدى إلى تطبيق القانون الوطنى أو الأجنبي ، هو تعبير عن قاعدة قانونية آمرة . وبعبارة تعتبر قواعد الاسناد ، بما تتضمن من أحكام ، متعلقة بالنظام العام وواجبة التطبيق تلقائياً بصرف النظر عن القانون الذى تشير إلى تطبيقه (٤) . وكما يقول البعض إن تطبيق القانون الأجنبي ليس مجرد حق

---

(١) موتولسكى المرجع السابق فقرة ٤٧ .

(٢) أنظر باتيفول المرجع السابق فقرة ٣٩١ — نقض مدنى فرنسى فى ١٢ مارس ١٩٥٩ منشور فى Bulletin civil رقم ٢٣٦، ومشار اليه فى مقال موتولسكى ص٣٦٥ هامش ١٠١ نيبوايه المطول جـ ٣ فقرة ١٠٥٤ .

(٣) راجع باتيفول الاشارة السابقة .

(٤) أنظر فى هذا المعنى موتولسكى ص ٣٦٥ — مورى التقرير المقدم إلى لجنة القانون الدولى الخاص المشار اليه ص ١١٧ .

ويسير القضاء السويسرى على مبدأ أن القاضى يبحث القانون الأجنبى ويطبقه من تلقاء نفسه (حكم المحكمة الاتحادية فى ١٠ فبراير ، ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢) . مشار اليها فى باتيفول ص ٣٩٢ هامش ٢ .

أو مجرد واجب ، وانما هو التزام قانونى يقع على عاتق القاضى ما دامت قاعدة الاسناد الوطنية قد أشارت بتطبيقه (١) .

ومع ذلك نجد أن الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى حتى الآن هو عدم التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه ، مع الترخيص له بذلك إذا أراد .

وقد ترتب على هذا الاتجاه تسليم القضاء بحق الخصم فى التمسك بتطبيق القانون الأجنبى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف باعتباره لا يتقدم بطلب جديد . وإنما يحتج بوسيلة دفاع جديدة فقط هى اعمال قاعدة الاسناد الوطنية وإخضاع النزاع للاختصاص التشريعى للقانون الأجنبى . ولكن لا يجوز مثل هذا الاحتجاج لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

هذه خلاصة لاتجاهات القضاء الفرنسى فى معاملة القانون الأجنبى من حيث الاحتجاج بتطبيقه أو إثبات مضمونه . وهى كلها تفيد تمييزاً واضحاً بين القانون الأجنبى والقانون الوطنى . بل وتكاد تقرب به من الوقائع كما ينادى بذلك بعض الشراح . وخاصة الأستاذ باتيفول أحد الرواد المعاصرين للقانون الدولى الخاص فى فرنسا .

١٨ ـ نظرات فقهية على موقف القضاء فى الاثبات :

ليس فى نيتنا أن نخوض فى جدل فقهى طويل حول طبيعة القانون الأجنبى وصفته عند التطبيق أمام القضاء الوطنى . فقد أشرنا فى التمهيد لمنهج

---

(١) Holleaux تعليق منشور فى مجموعة أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ – ١٩٥٢ ص ١٢٥

(٢) راجع نقض مدنى فرنسى ١٢ مايو سنة ١٩٥٩ ، دالوز ١٩٦٠ ص ٦١٠ مع تعليق مالورى ، وأنظر أيضاً تعليق موتولسكى على نفس الحكم فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٦٠ القسم الثانى ص١٧٣٣ – وكذلك راجع نقض مدنى فى ١١ يوليه سنة ١٩٦١ ، المجلة الانتقادية القانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٢ مع تعليق باتيفول ص١٢٤ – وقارن بارتان ١ فقرة ١١٠.

البحث أن غايتنا الأساسية هى ابراز الحلول العملية التى يلقاها القانون الأجنبى .

ومع ذلك فلعله من المفيد أن نعرض فى ايجاز تقدير الفقه الفرنسى للاتجاه السائد أمام القضاء ، الذى شرحنا نتائجه العملية فيما تقدم .

١ — يقود باتيفول ، كما تقدم البيان ، فكرة أن القانون الأجنبى ينطبق أمام القاضى الوطنى باعتباره من عناصر الواقع (١) . والأساسى الذى يحكم هذا المذهب هو أن القانون ، أى قانون ، يتضمن عنصرين . عنصر الأمر الذى يستمد منه قوة الاجبار . وعنصر عقلى ويقصد به مضمون القاعدة القانونية واعتبارها دائماً قاعدة عامة مجردة .

وهو يرى أن القانون الأجنبى يتجرد من عنصر الاجبار عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى . ويبقى له فقط العنصر العقلى . وهو غير كاف للاحتفاظ له بصفة القانون .

ويضيف هذا الرأى أن عمل القاضى فى تطبيق القانون الأجنبى يشابه موقف المراقب الاجتماعى الذى يسجل ما هو كائن ، دون أن تكون له وظيفة تقرير ما ينبغى أن يكون (٢) . ومن هنا يخضع القانون الأجنبى لحكم الوقائع عند تطبيقه .

وهو يرفض تأسيس تطبيق القانون الأجنبى على تفويض يتقرر فى قاعدة الاسناد الوطنية . فمثل هذا التفويض لمشرع أجنبى مجهول تفسير مفتعل لا يجوز قبوله (٣) .

---

(١) أنظر باتيفول « القانون الدولى الخاص » فقرة ٣٢٨ وما بعدها — نظرات فلسفية ص ١٠٤ فقرة ٤٧ وما بعدها .

(٢) باتيفول « نظرات فلسفية » فقرة ٤٩ ، ص ١٠٩ .

(٣) أنظر مودى « القواعد العامة لتنازع القوانين » فقرة ٥٩ وهو يتضمن الاشارة إلى المراجع التى تقول بهذا التفويض .

ويبدو لنا أن هذا التأصيل الأخير لم تعد له أهمية فى الفقه الفرنسى الحديث الذى يعارض مذهب باتيفول على النحو الذى سنشير اليه فيما بعد .

٢ — ويرى البعض (١) أن المبادىء السائدة فى خصوص معاملة القانون الأجنبى لا تنفى عنه طبيعته القانونية ، ولا تخلع عليه فى نفس الوقت الصفة الوطنية . وإنما تبقى له طبيعته الأصيلة ، وصفته الأولى . ولكن الحلول المأخوذ بها أمام القاضى الفرنسى تستجيب إلى اعتبارات عملية بحته ، أخصها صعوبة إثبات القانون الأجنبى وعدم توافر الوسائل الايجابية عند القاضى للتعرف عليه .

ومن أجل هذا يبدو لهذا الفقه أن القاضى غير مكلف بالبحث عن القانون الأجنبى وحده . ولكن يلتزم بتوجيه نظر الخصوم إلى القانون الأجنبى الواجب التطبيق فى النزاع ، ووجوب تقديم الأدلة اللازمة لاثبات مضمونه(٢) .

٣ — ونجد فى الفقه الحديث اتجاها قويا نحو إنكار مذهب باتيفول . فقد حان الوقت لأن يسترد القانون الأجنبى طبيعته الأصيلة ، وأن تتوافر للقاضى الوسائل الفعالة التى تكفل له المبادرة بالبحث عنه والكشف عن مضمونه (٣) .

والحقيقة أن القانون لأجنبى يستمد قوته من قاعدة الاسناد الوطنية . فهى التى تحفظ له عنصر الاجبار ، وهى التى تكفل له وجوب التطبيق أمام القضاء الوطنى . وعندئذ يتعين على القاضى أن يطبقه من تلقاء نفسه(٤) .

---

(١) راجع ليروبور بيجونيير ولوسوارن موجز داللوز فقرة ٣١٢ ، ٣١٥

(٢) أنظر أقوال ليروبور بيجونيير فى مناقشات اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ — ١٩٥٢ ، ص ١٢١ ، ١٢٧ .

(٣) أنظر بيير لوى لوكا تعليق على نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر ١٩٦١ ، منشور فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٦٢ ، القسم الثانى ١٣٥٢١ .

(٤) راجع مقال موتولسكى المشار اليه ص ٢٦١ . وأنظر أيضاً تقرير مورى ص ١١٧ .

ويرى البعض إن القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته وصفته لمجرد المعاملة الخاصة التي يلقاها أمام القضاء . إذ أنه لا توجد علاقة سببية بين القواعد الاجرائية التي قد يخضع لها القانون الأجنبي ، وبين اعتباره قانوناً أو واقعاً . فمن الجائز الابقاء على هذه القواعد رغم الاعتراف له بطبيعته القانونية . وبالتالي ليس من الضروري معاملته على قدم المساواة مع القانون الوطني(١) .

بل وإن الأستاذ باتيفول نفسه أراد التخلص من حملة النقد العنيفة التي تعرض لها مذهبه . فحرص على توضيح فكرته بأنه لم يقصد أبداً القول بأن القانون الأجنبي يتساوى مع الواقعة من حيث الطبيعة . ولكنه يعامل أمام القضاء كما لو كان من قبيل الوقائع(٢) .

٤ — وأخيراً يتجه فقه القانون المدني إلى أن المعاملة المعاصرة التي يلقاها القانون الأجنبي أمام القضاء تعتبر من مخلفات الماضي ، عندما كان الرأى سائداً بأن القانون الأجنبي يطبق على سبيل المجاملة (٣) .

ومن المعلوم أن هذه النظرية فقدت أنصارها . وبالتالي لم يعد من الجائز الابقاء على نتائجها .

وواضح أن هذا الفقه يأمل في استرداد القانون الأجنبي طبيعته الأصيلة وإلزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عنه .

هذه نظرات فقهية موجزة على موقف القضاء في فرنسا . ولعلنا نستطيع أن نستخلص منها بأن النظرة السائدة ترفض تصوير القانون الأجنبي على

---

(١) راجع Zajtay رسالة إلى باريس سنة ١٩٥٨ فى وضع القانون الأجنبى فى القانون الدولى الخاص ص ١٨ — وأنظر أيضاً فقرة ٢٠ ، ٣٠ فى تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبى .

(٢) أنظر فى هذا التصريح فى تقديم رسالة Zajtay المشار اليها ص ٢ .

(٣) راجع أوبرى ورو وبارتان جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ — بودان وبيرو الجزء التاسع فقرة ١١٤٣

أنه واقعة . وترى فيه صورة صادقة لقواعد قانونية واجبة التطبيق أمام القضاء الوطني .

ولئن كان هناك بعض حلول تميز في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي ، فأن مرد ذلك إلى الصعوبات العملية التي يلاقيها القاضي في إثبات القانون الأجنبي . (١)

١٩ ـ محكمة النقض الفرنسية ترفض الرقابة على تفسير القانون الاجنبي تقدير موقفها :

كان الفقه الفرنسي القديم يؤمن بوجوب فرض رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي . فرأى البعض إن النص الأجنبي يكتسب عند تطبيقه أمام القضاء الوطني صفة وطنية . وهو بهذه المثابة يستعير من التشريع الوطني الضمانات التي تحميه من قصور القاضي . وإن التفسير الخاطيء للقانون الأجنبي لا يعتبر مجرد حكم خاطيء . بل هو مخالفة للقانون الوطني الذي يحكم القاضي باسمه (٢) .

كما قال البعض الآخر بأن التطبيق الفاسد لقواعد القانون الأجنبي لا يقل خطورة عن الامتناع عن تطبيقه . وكلا الأمرين يفرض رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع . ويكفي أن نتصور حكماً اعتد بسن معينة للأهلية في قانون أجنبي على خلاف ما هو مقرر فيه (٣) .

وتحفظ جانب من الفقه فأعطى محكمة النقض حق الرقابة فقط في حالة ما إذا كانت المحكمة التي فصلت في الدعوى قد فسرت القانون الأجنبي

---

(١) أنظر مقال جليليانو عن معاملة القانون الأجنبي ، المنشور في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول ص ١٦ — بلانيول وريبير وجابولد المطول الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ .

(٢) أنظر فايس القانون الدولي الخاص الطبعة الثامنة ص ٣٩٨ .

(٣) كولان سنة ١٨٩٠ . وقد أشار اليه هازدول في مقاله المنشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٥٥ ص ٢٤٨ .

تفسيراً يخرج به خروجاً ظاهراً عن مقتضاه . إذ أنها لا تكون بذلك قد طبقت فى الحقيقة القانون الأجنبى الذى أشارت به قواعد الاسناد (١) .

وبالرغم مما تقدم فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية إلى عهد قريب على عدم خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابتها (٢) .

وقد تجاوب كثرة الشراح الفرنسيين مع هذا الاتجاه (٣) ، على خلاف ما ساد فى الفقه القديم . ويمكن تركيز الحجج التى تعزز هذا الرأى على النحو الآتى :

١ — الحجة التقليدية التى تزعمها باتيفول . هى أن القانون الأجنبى يأخذ حكم الواقع من حيث المعاملة التى يلقاها . وبهذه المثابة لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب قاضى الموضوع فى تفسيره .

وقد مضت الاشارة . فى دراسة مسألة الاثبات . إلى أن موجة فقهية حديثة تقاوم هذا النظر . وترى أن القانون الأجنبى يحتفظ بطبيعته الأصيلة

---

(١) ليفى أولمان . دروس فى القانون الدولى الخاص ١٩٣٤ — ١٩٣٥ ص ١١٦ . مشار اليه فى مؤلف حامد زكى القانون الدولى الخاص المصرى الطبعة الأولى فقرة ١٦٩ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة تقرير مورى المشار اليه سابقاً — المناقشات التى دارت على ضوئه — مارتى « التفرقة بين القانون والواقع » رسالة إلى تولوز سنة ١٩٢٩ — ليولد « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القوانين الأجنبية » : منشور فى مجموعة محاضرات أكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ ، القسم الثالث ص ٢٩٥ — زاجق ، الرسالة المشار اليها سابقاً — جليليانو « معاملة القانون الأجنبى المنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول — موتولسكى المقال المشار اليه المنشور فى دراسات مورى الجزء الأول ١٩٦٠ ص ٣٣٧

وأنظر أيضاً فرانسكاكى داللوز الأسبوع يناير ١٩٦٣ العدد الثالث « القانون الأجنبى ومحكمة النقض » — نقض مدنى فى ٢ مارس ١٩٦٠ . منشور بالمجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص نفس السنة ص ٩٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٣٨ ، والنظرات الفلسفية فى القانون الدولى الخاص ص ١٠٨ — سافاتييه « القانون الدولى الخاص » فقرة ٢٢٥ — ليروبور بيجونيير ولوسوران موجز داللوز فقرة ٣١٥

ما دامت قاعدة الاسناد الوطنية قد أشارت بتطبيقه (١) .

ويشير البعض (٢) إلى وجوب إقصاء فكرة مساواة القانون الأجنبي بالواقع . ويرى مواجهة مشكلة رقابة النقض من زاوية أخرى ، وهى أساس تطبيق القانون الأجنبي .

فهناك من يقول إن قواعد الاسناد الوطنية ما هى إلا قواعد دولية تتولى توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول . وعلى هذا النحو لا تجوز التفرقة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبي عند التطبيق .

بينما يرى البعض الآخر أن تطبيق القانون الأجنبي هو قرار تأخذ به الدولة بكامل حريتها بقصد الوصول إلى تحقيق المصالح الخاصة على نحو أفضل . ومثل هذا التصوير لا يؤدى بالضرورة إلى التمييز فى المعاملة بين القانون الأجنبي والقانون الوطنى . بل لعل رعاية المصالح الخاصة تشير إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي بأفضل الشروط .

وعلى ضوء ما تقدم ينبغى قبول مبدأ رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي ، والتفرغ لبحث الشروط التى تباشر بها هذه الرقابة .

٢ — والحجة الثانية المشهورة فى رفض الرقابة هى أن المحكمة العليا قد أنشئت لتوفير وحدة تطبيق القانون الفرنسى وتحقيق التناسق فيه . أما الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي فهى مهمة مختلفة لم تنشأ محكمة النقض من أجلها (٣) .

ويرى الفقه الحديث تعارض هذا النظر مع الدور الذى ارتضته محكمة النقض لمهمتها . فالواقع أنها استطاعت مع مضى الزمن أن تصنع لنفسها

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ١٧ فى دراسة مذهب باتيفول والاشارة إلى الفقه المعارض له .

(٢) أنظر فرانسكاكى المقال المشار اليه ص ٩ .

(٣) باتيفول المراجع المشار اليه سابقاً .

اختصاصاً أوسع من النصوص ، حتى قيل بأنها خلقت عرفاً شرعياً فتح لها آفاقاً جديدة خارج دائرة التشريع(١) .

وبذلك يمكن القول إنه ليس هناك مايمنع فى النصوص أو فى روحها ، من أن تعترف محكمة النقض بحقها فى الرقابة على تفسير القانون الأجنبى . ولن تقوم عقبة فى هذا السبيل سوى تحريم صريح من جانب المشرع .

ومما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد أن مشروع القانون المدنى الفرنسى كان يتضمن نصاً مانعاً لمحكمة النقض من رقابة تطبيق القانون الأجنبى . وانتصر فى اللجنة فى المراحل النهائية الرأى القائل بوجوب إلغائه ، وتم حذفه فعلا (٢) .

وأجمعت التعليقات المعززة للحذف بأنه لاينبغى وضع أيه عقبة فى طريق محكمة النقض ، إذا ما أرادت مستقبلا أن تتطور بقضائها نحو تقرير الرقابة على تفسير القانون الأجنبى (٣) .

٣ — وفى سبيل الحرص أيضاً على هيبة محكمة النقض يعز على البعض أن تتورط فى رقابة قد تعرضها للخطأ والانحراف فى فهم القانون الأجنبى . وعندئذ تهتز سمعة المحكمة خاصة فى الدولة التى أسىء تطبيق قانونها .

وفى تقديرنا أن المساس بسمعة الدولة قد يتحقق على نطاق أوسع إذا ما شاع عنها أن المحاكم الموضوعية تسىء تطبيق القوانين الأجنبية فيها دون رقيب عليها .

ولئن كان احتمال خطأ محكمة النقض موجوداً فهو غير مألوف بحكم كفاية قضاتها . وفضلا عن ذلك فان التفسير الذى تنتهى اليه يقتصر أثره

---

(١) أنظر مارتن الرسالة المشار اليها فقرة ٨٩ ، فرانسكاكى المقال السابق ص ١٠

(٢) أنظر مجلد « تقنين القانون الدولى الخاص » سنة ١٩٥٦ ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

(٣) راجع Zagton الرسالة المشار اليها سابقاً ص ٢٠١ — مورى التقرير المشار اليه ص ١١٧ .

على الاطار الوطنى فقط ، ولن يعد سابقة قضائية فى دولة القانون الأجنبى (١)

٤ - وقيل أيضاً بأن تقرير الرقابة يضيف إلى محكمة النقض أعباء جديدة لا تقدر عليها بالاضافة إلى القضايا المتراكمة بصفة دائمة .

ويرد على ذلك بأن قضايا القانون الدولى الخاص ليست بالكثرة التى تبرر هذه الخشية إلى حد استبعاد مبدأ الرقابة (٢) .

٥ - وأثار البعض مشكلة التعرف على القانون الأجنبى والعلم بمضمونه مما يعقد مهمة الرقابة ويجعلها غير مأمونة .

ويغفل هذا الاعتراض اعتبارين أساسيين . أولها هو انتشار مراكز دراسة القانون المقارن وثراء فرنسا فى المعلومات عن القوانين الأجنبية . وثانيهما أن الخصوم والدفاع فى كل دعوى يقدمون مساعدات ايجابية فى سبيل التعرف على القانون الأجنبى ومضمونه (٣) .

ولا يجوز الاحتجاج هنا بأن الخصوم لا يتوافر لهم الضمان أمام محكمة النقض باعتبار أن قواعد الاجراءات تمنع استجوابهم عن المسائل الغامضة . وذلك أن قبول الطعن يترتب عليه إعادة الدعوى إلى محكمة الموضوع . وهى حرة فى اتخاذ ما يلزم صيانة لحقوق الدفاع .

٢٠ - محكمة النقض تقبل الرقابة عند مسخ القانون الأجنبى أو تحريفه :

من خلال هذا الجو الصاخب فى الفقه الفرنسى فرضت محكمة النقض أخيراً الرقابة على تطبيق القانون الأجنبى إذا كانت المحكمة التى فصلت فى الدعوى فسرت هذا القانون تفسيراً أدى إلى مسخه وتحريفه Benaturation

---

(١) فرانسكاكى المقال السابق ص ١٠ .

(٢) أنظر ملاحظات ليروبور بيجونيير فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ، ص ١٢١ - فرانسكاكى المقال السابق ص ١٠

(٣) تقرير مورى المشار اليه ص ١٠١ .

وبذلك استخدمت المحكمة سلطتها الواسعة التى مارستها من قبل فى نقض الأحكام التى خرجت خروجاً ظاهراً عن مقتضى السندات المطروحة فى الدعوى ، بأن تجاهلت معناها الواضح والمحدد إلى الحد الذى ينحرف به ويشوهه . وقد مارست هذه السلطة بوجه خاص فى شأن العقود وسندات المرافعات .

وقد بدأت ملامح التغيير على موقف محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٤ نوفمبر ١٩٥٨(١) . وجاء فيه أنه لا مطعن على حكم محكمة الاستئناف ما دام لم يحرف أو يشوه المستندات التى قدمت فى الدعوى .

وفى ١٣ يونيه ١٩٦٠ (٢) ازداد موقف محكمة النقض وضوحاً عندما أكدت سيادة قاضى الموضوع فى تفسير القانون الأجنبى ما دام تحريفه أو مسخه لم يكن موضع نزاع .

ثم أفصحت أخيراً عن موقفها الصريح بحكم مشهور صدر من الدوائر المدنية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦١(٣) . وفيه نقضت حكماً لمحكمة استئناف باريس . ونسبت اليه مسخ وتحريف النصوص الواردة فى قانون بلجيكى ، والتى تحدد مدى التزام مستعمرة الكنجو بعد ضمها إلى بلجيكا سنة ١٩٠٧ ، بالالتزامات المالية التى عقدتها دولة الكنجو المستقلة .

ويعتبر هذا الحكم نقطة تحول هامة فى مسلك محكمة النقض الفرنسية . وقد صادف القبول لدى جمهور الشراح رغم الخلاف الجوهرى بينهم

---

(١) أنظر المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص مع تعليق فرانسكاكى ١٩٥٩ ص ٣٠٣

(٢) داللوز الأسبوعى سنة ١٩٦٠ ص ٥٩٧ مع تعليق مالورى .

(٣) أنظر تعليق بيير لوى لوكا فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٦٢ ، القسم الثانى ، ص ١٢٥٢١ - وتعليق بول لاجارد فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٢ ص ٣٢٩ . وراجع أيضاً مقال فرانسكاكى المشار اليه ، داللوز سنة ١٩٦٣ يناير العدد الثالث .

حول طبيعة القانون الأجنبي وأساس تطبيقه. وقد وصف البعض هذا القبول بأنه « لقاء الضمائر السيئة» (١) .

فالقائلون بأن القانون الأجنبي يأخذ حكم الواقعة رضوا بهذا المبدأ الجديد ، على أساس أن محكمة النقض عاملت القانون الأجنبي معاملة العقد . ومن المعلوم أن تحريف العقد من قاضي الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا .

والمؤمنون بأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية رحبوا بحكم محكمة النقض وهم يعقدون الرجاء على أن يكون بداية الطريق نحو رقابة شاملة على تفسير القانون الأجنبي .

وبعبارة أخرى يعتقد أصحاب المذهب الأول أن الخطوة التي اتخذتها محكمة النقض هي بمثابة وقاية من التورط في مزيد من رقابة التفسير . ويأمل أصحاب المذهب الثاني أن تكون هذه الخطوة الأولى نحو تقرير مبدأ الرقابة العـــامة .

ويخشى البعض (٢) من تدخل محكمة النقض على النحو المتقدم بسبب دقة التفرقة بين رقابة التفسير . ورقابة المسخ أو التحريف .

بينما يبارك البعض الآخر هذه الصعوبة . ويرى فيها الوسيلة الملائمة لتمكين محكمة النقض من فرض رقابة تقديرية في المراحل الأولى على الأقل للتجربة الجديدة التي تجتازها (٣) . إذ تستطيع المحكمة أن ترسم حدود الرقابة بالقبول أو الرفض وفقاً لمعيار التفرقة المرن بين التحريف ومجرد التفسير .

وتظهر جدوى الرقابة الجديدة بوجه خاص في حالتين :

---

(١) بول لاجارد التعليق السابق ص ٣٢٣ .

(٢) بول لاجارد نفس الاشارة . وهو ينتقد هذا الحكم على أساس أنه تجاوز فكرة التحريف إلى التفسير . وصعوبة التفرقة بينهما على خلاف الأمر بالنسبة للعقود .

(٣) فرانسكاكي المقال المشار اليه ص ١٣ .

١ – إذا وقعت محكمة الموضوع فى خطأ جسيم عند تطبيق القانون الأجنبي (١) . وخرجت خروجاً ظاهراً عن مقتضيات النص الواضح .

٢ – وكذلك أيضاً تلزم الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية المألوفة التطبيق فى فرنسا . وواضح أن مثل هذه الرقابة تكون أكثر يسراً على المحكمة (٢) .

ومهما يكن من أمر فلعله قد اتضح أن مسألة رقابة محكمة النقض الفرنسية على تفسير القانون الأجنبي لا تزال فى عنفوان تطورها . وأن الفقه والقضاء لم يقل كلمته الأخيرة فيها .

ونحن من ناحيتنا نرى ملامح تطور على نطاق أوسع فى القضاء الفرنسى فمن ناحية نجد أن الرأى الغالب قد انتهى إلى حذف النص المقترح فى مشروع القانون المدنى ، والذى كان يقضى بعدم جواز الطعن فى النقض بسبب يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي (٣) .

ومن ناحية أخرى يبدو لنا أن البدء برقابة المسخ والتحريف قد يغرى محكمة النقض إلى الاعتراف برقابة التفسير . نظراً لدقة التفرقة بينها فى خصوص تطبيق القانون الأجنبي .

---

(١) راجع فرانسكاكى ، وقرب موتولسكى المقال السابق ص ٣٧٢ .
(٢) أنظر zajtay الرسالة المشار اليها ص ١٠٤ .
(٣) أنظر مشروع تقنين القانون الدولى الخاص باريس سنة ١٩٥٦ ص ١٤٩ .

١٢ - مقارنة وتقسيم :

الآن وقد فرغنا من فحص بعض النظم الأجنبية الرئيسية فى إثبات القانون الأجنبى ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، لعل الوقت قد حان لأن نعالج هذه المشكلة فى مصر والجمهورية العربية .

ويبدو لنا من المفيد أن نستهل النظر إلى الوضع عندنا بتأكيد الفكرة التى بدأنا بها هذا البحث ، وهى أنها لا نتردد فى أن القانون الأجنبى عندما ينطبق أمام القضاء الوطنى يظل محتفظاً بطبيعته القانونية . كما تبقى له صفته الأجنبية .

وهو يستند فى سبب تطبيقه . ويستمد قوة إجباره من قواعد الاسناد الوطنية التى تشير على القاضى الوطنى بأن يحكم المنازعات ذات العنصر الأجنبى . ومما هو جدير بالذكر أن قواعد الاسناد المصرية معظمها من القواعد التشريعية . وفى الحالات التى لم يتعرض لها المشرع .أشار على القاضى باختيار القانون الواجب وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص (المادة ٢٤ مدنى) . ومعنى ذلك أن تطبيق القانون الأجنبى يكون دائماً بأمر من المشرع الوطنى وفقاً لقواعد الاسناد التشريعية . أو قواعد الاسناد الاجتهادية التى يستلهمها القاضى من مبادىء القانون الدولى الخاص .

ونحن نبرز هذه الحقيقة منذ البداية لتيسير عقد المقارنة مع بعض النظم الأجنبية التى فرغنا من دراستها . ونبادر باستبعاد النظام الانجليزى نظراً لطابعه الخاص سواء من حيث نظام التقاضى وإجراءاته . أو من حيث مصادر القانون فى انجلترا . ونرى أن الحلول المتبعة هناك لا تصلح نموذجاً للاهتداء فى النظم الأوربية بوجه عام . والنظام المصرى بوجه خاص .

فاذا ما انتقلنا إلى النظام الألمانى وجدنا أن الحلول المتبعة فى المانيا تنبع من إرادة المشرع وتتقيد بها . إذ يتميز القانون الألمانى بتقرير نصوص تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا على تفسيره .

ولسنا هنا فى حاجة إلى التذكير بالقواعد الواردة فى هذه النصوص . ولكننا نقنع بالاشارة إلى أن الحل التشريعى ليس هو أفضل الحلول . فهو فى بعض الأحيان مقيد لحرية القضاء فى التطور ، وهو ما حدث فى المانيا إذ أوجب القانون على قاضى الموضوع تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وألزمه بالبحث عن مضمونه بكافة الطرق . ولكنه وقف فى منتصف الطريق ومنع المحكمة العليا من رقابة تفسير القواعد القانونية الأجنبية . وفى تقديرنا أنه إذا لم يوجد هذا القيد التشريعى ، فان المحكمة العليا الألمانية ما كانت تتردد فى تقرير سلطة الرقابة . ودليل ذلك اعتبار النص المانع لها استثناء من القواعد العامة ، والامتناع عن القياس عليه ، والتسليم بالرقابة على محاكم العمل حيث لا يوجد مثل هذا القيد القاصر على الدعاوى المدنية فقط (١) .

أما النظام الايطالى فنجد فى الحلول القضائية فيه تأثيراً واضحاً للاتجاه الشائع فى الفقه الايطالى إلى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، بل واكتسابه الصفة الوطنية وفقاً لنظريات الاستقبال الموضوعى أو الشكلى على حد سواء .

ومن خلال هذا النظر انتهى القضاء إلى إلزام القاضى الوطنى بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وبالبحث عن مضمونه . ومصدر هذا الالتزام هو الأمر الوارد فى قاعدة الاسناد الوطنية . وبذلك يكتسب القانون الأجنبي قوة الاجبار من الدولة التى يحكم القاضى باسمها (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم فى دراسة النظام الألمانى فقرة ٨ وما بعدها .

(٢) أنظر مقال جيليانو المشار اليه سابقاً والمنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول وراجع بصفة عامة فى النظام الايطالى – فقرة ١٣ وما بعدها .

وإزاء ما تقدم لم نجد محكمة النقض حرجاً فى فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبى ، وساعدها على اتخاذ هذا الموقف عدم وجود عقبة تشريعية تقصر الرقابة على القواعد الوطنية كما هو الحال فى المانيا كما لم تصادف التيارات الفقهية العنيفة التى أغرت القضاء الفرنسى باعتبار القانون الأجنبى فى حكم الوقائع ومعاملته على هذا النحو.

فالنظام الفرنسى على النحو المفصل فيما تقدم[1] يتأثر إلى حد بعيد بالاتجاه الفقهى الذى قاده باتيفول ، والذى يصر على إخضاع القانون الأجنبى لحكم الوقائع عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى . هكذا أعفى قاضى الموضوع من واجب اثباته . وتحرجت محكمة النقض من فرض الرقابة على تفسيره مع تحول هام حديث فى تقرير هذه الرقابة فى حالة مسخ القانون الأجنبى أو تحريفه أمام قاضى الموضوع .

وبعد فليس من الجائز فى نظرنا الاستسلام للحلول المتبعة أمام القضاء الفرنسى . إذ فضلا عن تأثرها باتجاه فقهى محل نظر ، فانها قد جاءت وليدة نظام لا يعرف قواعد إسناد تشريعية وطنية إلا فى أضيق الحدود [2] . وإنما نجد معظم قواعد الاسناد الفرنسية عرفية واجتهادية . ومن هنا لم يشعر القضاء بواجب الخضوع لأمر المشرع الوطنى فى تطبيق قواعد القانون الأجنبى .

وعلى ضوء ما تقدم كله ينبغى فحص المشكلة فى مصر والجمهورية العربية . ويجب أن نراعى منذ البداية عدم وجود عقبات تشريعية تقيد حرية الفقه والقضاء فى الأدلاء بالحلول الملائمة . كما هو الحال فى النظام الألمانى بالنسبة لقصر رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الوطنى فقط .

---

(١) أنظر ما تقدم فى النظام الفرنسى فقرة ١٧ وما بعدها .

(٢) راجع Zajtay وضع القانون الأجنبى فى القانون الدولى الخاص رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥٨ ص ٦٠ .

ونلاحظ أيضاً أن قواعد الاسناد المصرية تستمد قوتها من أمر المشرع الوطنى . وبالتالى ينطبق القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى محتفظاً بطابعه القانونى وصفته الأجنبية ، وهو ما يكاد ينعقد اجماع الفقه عليه . ومن هنا تحرر الوضع فى مصر من العقبات الفقهية ومن تخلف قواعد الاسناد التشريعية وهى الاعتبارات التى تأثرت بها الحلول الفرنسية فى معاملة القانون الأجنبى فى حكم الوقائع .

فيما يلى نبذل محاولة لرسم صورة عن موقف الفقه والقضاء من مسألة إثبات القانون الأجنبى ، ورقابة محكمة النقض على تفسيره . وعندئذ نلى فى خاتمة البحث باتجاهنا الخاص ، وببعض مقترحات عملية قد تسهم فى تيسير العلم بالقانون الأجنبى والكشف عن مضمونه أمام القضاء .

(أولا) اثبات القانون الأجنبى :

٢١ - موقف الفقة القديم :

اتخذ الفقه المصرى القديم موقفاً واضحاً من إثبات القانون الأجنبى منذ زمن طويل . وانعقد الاجماع على احتفاظه بطبيعته القانونية ، وعلى التزام القاضى بتطبيقه من تلقاء نفسه وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية . والتزامه أيضاً بالبحث عن مضمونه بكافة الوسائل .

وفى هذا الصدد يرى الأستاذ أبو هيف [١] « وجوب تقيد القاضى بتطبيق القانون الأجنبى كلما كان تطبيقه واجباً بنص صريح فى القانون المصرى أو بموجب قواعد القانون الدولى الخاص الواجب تطبيقها طبقاً للمادة ١١ (مدنى مختلط) والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . وإنه يكون دائماً من واجب القاضى أن يسعى بنفسه بكل وسيلة للوصول إلى معرفة القواعد المقررة فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، وأنه يكون للخصوم

(١) أنظر عبد الحميد أبو هيف « القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر » سنة ١٩٣٤ فقرة ٣٠٦ ، ٣٢٤ - وراجع أيضاً الزينى الموجز فى القانون الدولى الخاص ٢٠٩ وما بعدها

دائماً الحق فى تسهيل مهمة القاضى . ولا يكون عليهم واجب اثبات القانون الأجنبي إلا فى أحوال الضرورة » .

كما يقول أستاذنا حامد زكى « إن ... القاضى ملزم بتطبيق القانون الأجنبي بأمر من المشرع الوطنى الذى يرمى إلى تحقيق العدالة على وجهها الأكمل . فالمشرع المصرى يستبعد تطبيق القانون الوطنى ويأمر بتطبيق القانون الأجنبى بديلا عنه . وبذلك يعتبر فى منزلة القانون المصرى عند تطبيقه ... » .

بالتالى يتعين على القاضى تطبيق القانون الأجنبى كلما أشارت بذلك قواعد تنازع القوانين الوطنية وهو يطبقه من تلقاء نفسه حتى ولو سكت الخصوم قصداً أو جهلا عن طلبه ... ومن المقرر أيضاً أن على القاضى عبء بحث الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى . على أنه من المعتاد عملا أن يعاون صاحب المصلحة فى الدعوى القضاء فى تأدية هذه المهمة . والقاضى غير ملزم بما يقدمون من وثائق . بل له الحق فى الاعتماد على أبحاثه الخاصة (١) .

ولعل فيما تقدم ما يكفى لتأكيد موقف الفقه المصرى الرائد الذى استقر ببصيرة نافذة على الاحتفاظ للقانون الأجنبى بطبيعته القانونية . والزام القاضى بتطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عن قواعده . وإعطاء الخصوم الحق فى معاونة القاضى فى هذا السبيل (٢).

٢٢ ـ الفقه المصرى المعاصر :

يكاد ينعقد اجماع الفقه المصرى المعاصر على احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية . والزام القاضى بتطبيقه من تلقاء نفسه امتثالا لقواعد

---

(١) أنظر حامد زكى القانون الدولى الخاص المصرى الطبعة الأولى فقرة ١٦٦ وما بعدها راجع له أيضاً الأصول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٦ فقرة ١٠٨ وما بعدها .

(٢) ونحن نوافق أستاذنا حامد زكى على ما أوردناه فى المتن ، فيما عدا اكتساب القانون الأجنبى الصفة الوطنية إذ نفضل الابقاء على صفته الأجنبية وتأسيس تطبيقه على مشيئة قاعدة الاسناد الوطنية .

الاسناد الوطنية ، ووجوب البحث عن مضمونه، مع التسليم بحق الخصوم في معاونة القاضي .

ويمكن أن نلمس في هذا الاتجاه الشائع اختلافاً في النظر إلى صفة القانون الأجنبي . فالبعض يرى اندماجه في القانون الوطني واعتباره جزءاً منه في القضية التي يطبق فيها . وعلى القاضي أن يبحث عن قواعد القانون الأجنبي من تلقاء نفسه . وله أن يحكم وفقاً لعلمه الشخصي . ولا يجوز له الامتناع عن تطبيقه بدعوى عدم الاهتداء إلى قواعده (1) .

ويذهب البعض الآخر إلى أن القانون الاجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية . وتبقى له أيضا صفته الاجنبية . وهو ينطبق بأمر قاعدة الاسناد الوطنية . ويكون من واجب القاضي أن يسعى إلى التعرف على قواعد القانون الأجنبي (2) .

ويرى جانب من الشراح أن الاتجاه الشائع ، رغم أنه يبدو معقولا ، إلا أنه لا يمكن الأخذ به . فكيف نلزم القاضي بالتعرف على أحكام القوانين الأجنبية دون اعطائه الوسيلة لتنفيذ هذا الالتزام . ولهذا يقتصر التزام القاضي على مطالبة الخصوم باثبات حكم القانون الأجنبي . فاذا طلب هذا الاثبات ولم يقدم اليه الدليل ، فلا يلتزم بالبحث بنفسه عن أحكام القانون الأجنبي . ومع ذلك فله الحق دائماً في التعرف عليها وتطبيقها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب اليه ذلك . وإذا لم يستطيع الوصول إلى نتيجة فالراجح عندئذ هو تطبيق قانون القاضي (3) .

---

(1) أنظر السنهوري الوسيط الجزء الثاني ص٥٥ وما بعدها - البدراوي « أصول القانون المدني المقارن » ص ٩٩ وما بعدها - جابر جاد « تنازع القوانين سنة ١٩٥٩ ص ٦٠١ - قرب عبد المنعم الصده « الاثبات في المواد المدنية » ص ٢٧ وما بعدها - سليمان مرقس « أصول الاثبات » فقرة ١٩ .

(2) أنظر عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٤٢٤ وما بعدها ، وخاصة ص ٤٢٩ - قرب كمال فهمي « أصول القانون الدولي الخاص » فقرة ٣٦١ .

(3) منصور مصطفى منصور « مذكرات في القانون الدولي الخاص » تنازع القوانين ص١٦٠ وما بعدها - ويتفق هذا الرأي مع اتجاهات ليروبور بيجونيير كما أدلى بها في أقواله المنشورة في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٢٦ ، ١٢٧

وهناك اتجاه أخير يقرر فى صراحة اعتبار القانون الأجنبى واقعة . وهى من قبيل الوقائع العامة التى لا جناح على القاضى فى أن يبحث عنها إن شاء . ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن ما دام علمه مطابقاً للحقيقة . فان لم يطمئن إلى نتائج بحثه وجب على الاخصام إقناعه . فان لم يستطيعوا جاز له اعتبار هذه الحالة من الحالات التى لا يوجد فيها نص تشريعى . وقد يرى تطبيق القانون المصرى على أساس أن هذا هو ما تقضى به العدالة .

والفكرة التى تقود هذا الرأى هى أن القاضى لا يفترض فيه علم قانون غير دولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق قانون أجنبى . فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة (١) .

هذه هى الاتجاهات الرئيسية فى الفقه المصرى فى مسألة إثبات القانون الأجنبى . ونرجىء اتخاذ موقف منها إلى خاتمة البحث حيث نلى باتجاهنا الخاص . وهو الذى مهدنا له بايماننا أن القانون الأجنبى الذى ينطبق بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية يحتفظ بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية . ومن ثم يخضع اثباته لحكم القانون مع التسليم بحق الخصوم فى تقديم المعونة ، ووجوب توفير الوسائل العملية لتيسير علم القاضى به .

٢٣ - موقف القضاء من مسالة الاثبات :

جرى القضاء المختلط قديماً فى مصر على أنه لا يصح لخصم التمسك أمام المحاكم المختلطة بقانون أجنبى إلا إذا أمكنه أن يثبت وجوده ويبرز نصوصه (٢) .

واتجهت محكمة النقض فى حكم لها صادر فى ٧ يوليه ١٩٥٥ (٣) إلى أن التمسك بتشريع أجنبى أمامها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة

---

(١) عبد الباسط جميعى « نظام الاثبات فى القانون المدنى المصرى » ص ٥٥

(٢) راجع عبد الحميد أبو هيف ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٣ - وأنظر استئناف مختلط ٢٤ مايو ١٩٣٣ المجموعة ٤٥ ص ٢٩٧

(٣) مجموعة النقض المدنى السنة السادسة رقم ١٨٢

الدليل عليها . ولا يغني في اثباتها الصورة العرفية التي استند اليها الطاعنان بملف الطعن ما دام أن الطاعنين لم يقدما صورة رسمية لهذا التشريع الأجنبي بملف الطعن ولا ترجمة رسمية له .

ويستفاد من هذا الحكم أن على من يتمسك بحكم التشريع الأجنبي تقديم دليل رسمي لاثبات هذا التشريع .

وهكذا اتخذت محكمة النقض موقفاً معارضاً للفقه الشائع في مصر . وهو حكم فيما يبدو لنا لا يعبر عن قضاء مستقر . بل إن أحكام المحكمة العليا المتكررة في فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه ، تنافي ما انفردت بتقريره في الحكم المتقدم .

فقد استقر قضاؤها السابق على رقابة محكمة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره (١) . وهو ما يفترض بداهة التصدي للبحث عن مضمون قواعده والتعرف عليها ، حتى يتسنى لها إعمال الرقابة على الوجه السليم ، وسنعود إلى بعض هذه الأحكام عند دراسة رقابة محكمة النقض بصفة عامة .

بل وإن القضاء اللاحق على الحكم المتقدم أكد مرة أخرى عزم محكمة النقض على المضي في رقابة محكمة الموضوع عند تطبيق القانون الأجنبي . ففي حكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٥٦ (٢) نقضت الحكم المطعون فيه لخطأ في تطبيق قواعد الميراث في القانون المدني الايطالي . وتصدت للبحث عن النصوص الايطالية الواجبة التطبيق على النزاع .

ومن أجل هذا نأمل في اعتبار حكم ٧ يوليو ١٩٥٥ سابقة منفردة ينبغي العدول عنها صراحة عند إتاحة الفرصة المستقبلة لمحكمة النقض .

---

(١) نقض مدني (أحوال شخصية) ٨ يناير ١٩٥٣ السنة الرابعة رقم ٥٠ ، ١٠ يونية سنة ١٩٥٤ السنة الخامسة رقم ١٤٦ - ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٠٨

(٢) نقض مدني السنة السابعة رقم ١٣

(ثانيا) رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبي :

٢٤ ـ اتجاه الفقه الى رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبي :

استقر الاتجاه الشائع فى الفقه المصرى على أن تعتبر كلمة « القانون» شاملة للقوانين الأجنبية ، وأن تقبل الطعون فى الأحكام المخالفة لها والخاطئة فى تطبيقها أو فى تأويلها (١) .

والفكرة الرئيسية التى تحكم هذا الاتجاه هى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية . وهو ينطبق بأمر من المشرع الوطنى . وبالتالى لا يصح تجريده من ضمان السلامة فى التطبيق بتوفير رقابة محكمة النقض .

على أن جانباً من الفقه المصرى يتأثر بالفكرة التى راجت فى فرنسا وهى أن مهمة محكمة النقض قاصرة على توحيد قواعد القانون الوطنى وتحقيق التناسق بينها .

فيقول البعض إنه ليس من وظيفة محكمة النقض تثبيت القضاء وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فى القوانين الأجنبية . وإن لفظ القانون يقصد به فى صدد الطعن بالنقض القانون المصرى فقط . وفضلا عن ذلك فان فرض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي يثير صعوبات كثيرة أمام محكمة النقض (٢) .

ويضيف البعض الآخر فى نفس المعنى أن القانون الأجنبي لا يصدر ولا ينشر فى بلد القاضى . الأمر الذى يجعل تحقيق الرقابة منطويا على استحالة

---

(١) أنظر حامد فهمى ومحمد حامد فهمى « النقض فى المواد المدنية والتجارية » فقرة ٢٨ وأنظر محمد حامد فهمى « المرافعات المدنية والتجارية » طبعة ١٩٤٠ فقرة ٧٤٩ وهو يقول أن القانون يشمل (القوانين الأجنبية كلما أحال عليها القانون المصرى وأوجب العمل بها) .

وراجع أيضاً السنهورى الوسيط الجزء الثانى ص ٥٥ – البدراوى المرجع السابق ص ٩٩ – الصده المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها – وفى فقه القانون الدولى جابر جاد ص ٦٢٩ – منصور مصطفى منصور ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٣٣ .

مادية . وتحقيق الرقابة على كافة قوانين الدول المختلفة غاية تقصر عنها طاقة أى محكمة وطنية (١) .

وواضح من هذا الاتجاه أنه يرفض مبدأ الرقابة إيمانا منه بأن مهمة محكمة النقض قاصرة على توفير سلامة تطبيق القانون الوطنى ، واتقاء للصعوبات العملية والأعباء التى تواجهها عند التسليم برقابتها على تطبيق القانون الأجنبى وتفسيره . وهى الاعتبارات التقليدية التى ساقها بعض الفقه الفرنسى وتأثرت بها محكمة النقض الفرنسية (٢) .

ويضيف هذا الرأى أن لمحكمة النقض الرقابة على تسبيب الحكم ولها أن تلغيه بناء على القصور فى التسبيب . وعلى هذا النحو فهى عن طريق التشديد فى هذه الرقابة ، تستطيع توفير رقابة غير مباشرة على ما ترك لتقدير قاضى الموضوع .

٢٥ ـ محكمة النقض تقرر مبدأ الرقابة على تفسير القانون الأجنبى :

اتجهت محكمة النقض إلى تقرير مبدأ الرقابة على تفسير القانون الأجنبى فى حكمها الصادر فى ٨ يناير ١٩٥٣ (٣) . وقد نقضت الحكم المطعون فيه لخطأ فى تطبيق القانون الفرنسى . على أساس أنه قضى بالطلاق بين فرنسيين استناداً إلى مذكرات وخطابات متبادلة بين الزوجة والغير . وكانت الزوجة قد تمسكت بعدم قبول هذه المحررات كدليل فى الدعوى لحصول الزوج عليها بطريق السرقة . ولأن القانون الفرنسى لا يجيز التمسك بها إلا إذا كان الحصول عليها بطريق مشروع . ولما كان الذى قاله الحكم يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وفى تقديرنا أن هذا الحكم يعبر عن موقف صريح من جانب محكمة النقض فى تقرير الرقابة على قضاء الموضوع فى تفسير القانون الأجنبى .

---

(١) محمد كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٣٦٤ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١٧ فى التعليق على هذه الحجج .

(٣) مجموعة النقض المدنى السنة الرابعة رقم ٥٠ ، ص ٣٤٩

فهى تصدت للبحث عن موقف الفقه والقضاء من حكم المستندات المسروقة كدليل إثبات فى الدعوى ، ونعت على محكمة الموضوع خطأها فى الاعتداد بدليل على خلاف ما هو مقرر فى القانون الواجب التطبيق (١) .

ومضت محكمة النقض فى تأكيد العزم على هذا الاتجاه . فقضت فى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ بنقض الحكم المطعون فيه لخطأ فى تطبيق القانون الفرنسى أيضاً . ونسبت اليه القضاء على خلاف نص المادة ٢٣٩ مدنى فرنسى الذى يقضى بعدم جواز الجمع بين الطلاق والانفصال الجسمانى فى طلب واحد . وكانت المحكمة قد حكمت للزوجة بالطلاق بالرغم من أنها تقدمت فى نفس الوقت بطلب الانفصال الجسمانى بصفة احتياطية (٢) .

وسار قضاء محكمة النقض اللاحق على النهج المتقدم . فتصدت المحكمة لفحص قواعد القانون الأجنبى والتأكد من سلامة تطبيقه وتفسيره أمام محكمة الموضوع . ورفضت غير القليل من الطعون لأن الأحكام المطعون فيها طبقت نصوص القانون الأجنبى تطبيقاً سليما (٣) .

(ثالثاً) الاتجاهات المختارة – خاتمة .

٢٦ – تاكيد الطبيعة القانونية للقانون الاجنبى .

رسمنا صورة عامة لموقف بعض النظم الأجنبية الرئيسية من اثبات القانون الأجنبى ورقابة المحكمة العليا على تفسيره . ومن خلال هذا النظر عالجنا المشكلة فى الفقه المصرى القديم والحديث ، وأمام القضاء .

---

(١) قارن عزالدين عبد الله وكمال فهمى المراجع السابقة . وهما يتفقان فى تأصيل قبول الطعن بالنقض على أساس القصور فى التسبيب .

(٢) مجموعة النقض السنة الخامسة رقم ٦٣ ، ص ٤٢٦ – أنظر أيضاً حكم ١٩ يناير ١٩٥٦ السنة السابعة رقم ١٣ ص ١٠٩ ، المشار اليه سابقاً . وقد نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه لخطأ فى تطبيق قواعد الميراث فى القانون المدنى الايطالى .

(٣) أنظر نقض مدنى ١٠ يونيه ١٩٥٤ السنة الخامسة رقم ١٤٦ ص ٩٥٠ – ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٠٨ ص ٨٣١ .

ويبدو لنا أن الوقت قد حان للفقه أن يترك الجدل الصاخب حول طبيعة القانون الأجنبي وصفته ، وأن تنصرف العناية الى البحث عن أفضل الوسائل وأكثرها ايجابية للتعرف على القانون الأجنبي ، وتمكين القاضى من العلم به ، والتيسير على محكمة النقض فى مهمة الرقابة على تفسيره .

وقبل أن نتفرغ للادلاء ببعض المقترحات فى هذا الصدد نؤكد مرة أخيرة ، وهو ما قلناه فى مطلع هذا البحث ، أن القانون الأجنبي يستمد قوة الاجبار من قاعدة الأسناد الوطنية . وقد أشار المشرع المصرى على القاضى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطنى وفقاً لضوابط إسناد تشريعيه محددة . ومنحه سلطة الاجتهاد وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص عند تخلف النص التشريعى (المادة ٢٤ مدنى) .

ولا نرى داعياً لترديد الخلاف الفقهى الصاخب الذى ثار فى فرنسا ، أو التأثر بصداه . وذلك أن قواعد الأسناد الفرنسية معظمها من صنع العرف أو الاجتهاد (١) .

وينبغى استقبال القانون الأجنبي فى ساحة القضاء الوطنى بأمر من المشرع الوطنى (٢) . ويجب الابقاء على طبيعته القانونية ، والاحتفاظ له بصفته الأجنبية . وما دمنا نسلم بهذا النظر . فان مسألة إثبات القانون الأجنبي ورقابة محكمة النقض على تفسيره يسهل البت فيها .

٢٧ ـ اثبات القانون الاجنبى التزام قانونى على عاتق القاضى بمعاونة الخصوم :

فبالنسبة لاثبات القانون الأجنبي لا نتردد، تأييداً للفقه المصرى الراجح ، فى إلزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه ، وتكليفه بالبحث عنه والتعرف على مضمونه بكافة الوسائل الممكنة .

---

(١) راجع Zajaty المرجع السابق ص ٦٠ .

(٢) أنظر موتولسكى المقال المشار اليه والمنشور فى دراسات مورى الجزء الأول ص ٣٦٥ .

وفى هذا الصدد ليس ثمة ما يمنع القاضى من طلب المعاونة من الخصوم ، أسوة بما يتبع عملا فى الكشف عن القواعد العرفية حديثة النشأة . ولم يكن ذلك سبباً فى نفى صفة القانون عن القاعدة العرفية (١) .

والمشاهد عملا أن كل قاعدة قانونية غير تشريعية ، وما دامت لم تنشر فى الجريدة الرسمية ، يتعذر العلم بها . ومع ذلك لا يجوز القول بصددها بعدم إلزام القاضى بتطبيقها أو العلم بها .

بل وفى نظرنا إن مواجهة الأمر بصراحة يكشف عن حقيقة نشهدها كل يوم فى المحاكم ، وهى أن الخصم يشترك فى الكشف عن مضمون قواعد القانون الوطنى وتفسيره . ويقدم الاستشارات القانونية فى هذا الشأن .

وهكذا يبدو لنا إن معاملة القانون الأجنبى معاملة الواقع هو استسلام للصعوبات العملية وخضوع لها دون مقاومة .

وفى تقديرنا أن تقريب القاعدة العرفية من القانون الأجنبى يجمعه فكرة مشتركة : هى غياب السندالرسمى المكتوب .

ومن هنا شاءت العقبات العملية أن تجمع بينها . فكما يسهم الخصوم فى إثبات القاعدة العرفية وعناصر تكوينها . فكذلك أيضاً تحكم الظروف على القاضى أن يستمع للخصوم وأن يلجأ اليهم لجمع المعلومات عن القانون الأجنبى ومضمونه . وهذا كله لا ينفى عن أى منهما صفة القانون التى اكتسبها بأمر من المشرع الوطنى .

ولا يصح فى تقديرنا تشبيه العقد بالقانون الأجنبى (٢) واعتبار الاثنين

---

(١) أنظر جينى «منهج التفسير ومصادره فى القانون الخاص الوضعى» الجزء الأول الطبعة الأولى ص ٣٥٣ - بيدان ولاجارد وبيرو الجزء التاسع فقرة ١١٤٤ - معلول بلانيول وريبير الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ .

(٢) جوليودى لاموراندير مشار اليه فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ، ص ١٠٨ - قرب عبد الباسط جميعى «نظام الاثبات» ص ٥٥ .

واقعة لا يلتزم القاضي بالبحث عنها . فالعقد قانون خاص يحكم مركزاً معيناً وبالذات وأشخاصا محددين . كما أن مضمون العقد يتحدد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين والظروف الواقعية الملابسة للتعاقد . وهذا كله لا يمكن للقاضي الوصول إليه إلا بوقائع ومستندات يتعين على المتعاقدين تحمل عبء إثباتها أما القانون الأجنبي فيتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة يمكن للقاضي أن يتوصل إلى التعرف عليها بالوسائل العلمية المختلفة . ويستطيع الاستئناس بما يقدم الخصوم من وثائق ومستندات مجدية في العلم بالقواعد الواجبة التطبيق .

وعلى هذا النحو نخلص الى القول بأن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية . وأنه يلتزم بالبحث عنه بكافة وسائل العلم الممكنة ، وأن اشتراك الخصوم في الاثبات مع القاضي هو أمر يستجيب إلى ما هو متبع أمام القضاء في شأن كافة القواعد القانونية غير التشريعية ، وبصفة خاصة أسوة بما جرى عليه العمل بالنسبة للقواعد القانونية العرفية .

ومن أجل هذا فنحن لا نقر محكمة النقض على ماذهبت اليه من اعتبار التمسك بتشريع أجنبي أمامها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها بدليل رسمي (١) .

فان هذا الحكم فضلا عن مخالفته للطبيعة القانونية للقانون الأجنبي على النحو المتقدم بيانه ، يتعارض مع الاتجاه المستقر أمام محكمة النقض في فرض الرقابة على قضاء الموضوع عند الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره(٢) .

وعندئذ ينبغي توجيه الجهد نحو توفير وسائل العلم بالقانون الأجنبي ، والقضاء على العقبات العملية التي كانت الباعث الحقيقي على إنكار طبيعته القانونية واعتباره في حكم الواقع من حيث الاثبات .

---

(١) راجع نقض ٧ يوليه ١٩٥٥ ، مجموعة النقض المدني السنة السادسة رقم ١٨٢ السابق الاشارة اليه .

(٢) أنظر ما تقدم فقرة ٢٥ .

٢٨ ـ تأييد رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبى :

وكذلك لا نتردد أيضاً فى تأييد الاتجاه الغالب فى الفقه المصرى الذى يقر رقابة محكمة النقض على سلامة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره أمام القضاء .

ونحن نحيل بصفة خاصة فى المبررات التى تسند هذه الرقابة ، وفى الرد على الحجج المعارضة إلى دراستنا للنظام الفرنسى (١) .

ونبرز هنا بصفة خاصة الملاحظات الآتية :

١ — لا يصح الامتناع عن تقرير مبدأ الرقابة تأثراً بالحجة التقليدية التى تقصر وظيفة محكمة النقض على توفير وحدة القانون الوطنى وتناسقه . وهى التى قال بها بعض الفقه الفرنسى والمصرى على النحو المتقدم بيانه (٢)

إذ الواقع أنه ليس فى نصوص التشريع ما يفيد تصريحاً أو تلميحا اقتصار لفظ القانون فى خصوص الطعن بالنقض على القوانين الوطنية فقط

وما دمنا نسلم بأن القانون الأجنبي يظل محتفظاً بطبيعته فاننا لانجد إذن أية عقبة تشريعية فى سبيل إخضاع تطبيقه لرقابة محكمة النقض .

بل وإن محكمة النقض ، كما قال بحق بعض الفقه الفرنسى . قد صنعت لنفسها اختصاصاً شرعياً خارج دائرة النصوص ودون أن تخالفها . وهى وحدها القادرة على مثل هذا العمل بوصفها قمة للتنظيم القضائى ، وحامية للعدل فى الجماعة فى إطار القانون الخاص (٣) .

وفضلا عن ذلك فان هيبة القضاء الوطنى وسلامة سمعته خارج حدود البلاد تقتضى حرمان قضاة الموضوع من السلطان المطلق فى تطبيق القانون

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٩

(٢) راجع ما سبق فقرة ١٩ ، ٢٤

(٣) أنظر فرانسكاكى المقال المشار اليه داللوز يناير ١٩٦٣ العدد الثالث .

الأجنبي وتفسيره . وإلا ترتب على ذلك تناقض وتعارض فى الأحكام قد يؤدى إلى اهتزاز ثقة الخصوم بالقضاء .

وتستطيع المحكمة العليا دون غيرها أن تقضى على هذا التضارب وأن تحقق التناسق فى مواضع الخلاف .

بل وإن الامتناع عن رقابة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره قد يكون أخطر شأناً إذا كان الحكم قد فسر هذا القانون تفسيراً أدى إلى مسخه وتحريفه . ومن قبيل ذلك أن يخرج خروجاً ظاهراً عن مقتضيات النص الواضح . وعندئذ تصير الرقابة ضرورة ملحة هو ما يسلم به القضاء الفرنسى الحديث . ويرى البعض فيه تسوية فى المعاملة التى يلقاها العقد (١) .

وفيما يبدو لنا أن رقابة تحريف القانون الأجنبي تقود إلى رقابة التفسير إذ ليس من اليسير التمييز بينها على خلاف الحال فى شأن العقد .

وأيا ما كان الأمر فقد اتسع نطاق الرقابة التى فرضتها محكمة النقض المصرية . وشملت الخطأ فى تطبيق القانون الأجنبي أو فى تأويله على النحو السابق بيانه (٢) .

٢ — لا يجوز الاستسلام للصعوبات العملية والاعباء الجديدة التى قد تواجهها محكمة النقض بسبب تقرير الرقابة .

إذ ما دمنا نسلم بالتزام قاضى الموضوع باثبات القانون الأجنبي والبحث عنه . فالأولى أن تتحمل محكمة النقض عناء هذا البحث أيضاً وهى تفرض رقابتها . وبعد فقضاتها أكثر خبرة وأوسع فرصة فى تهيئة وسائل العلم بالقانون الأجنبي والكشف عن مضمونه .

---

(١) ما تقدم فقرة ٢٠

(٢) ما تقدم فقره ٢٥

ومن ناحية أخرى ، يجب ألا نتأثر بهذه الحجة التي رددها أحد كبار فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا (١) . فالمشاهد من مجموعات قضاء محكمة النقض في مصر ، من خلال تجربة الرقابة التي فرضتها ، أن القضايا لم تتراكم عليها إلى الحد المنذر بالقلق .

وهكذا ينحصر البحث في وجوب توفير وسائل عملية وايجابية لتيسير العلم بالقانون الأجنبي أمام القضاء .

٣ — وأخيراً لا نرى الاكتفاء بتشديد الرقابة على تسبيب الأحكام الموضوعية ، والاقتصار عليها بديلا عن رقابة التفسير (٢) .

إذ مثل هذه الرقابة تحصر سلطان المحكمة في نقض الحكم لقصور في البيان وهو ما يقيد تقديرها في نطاق الأوراق والمستندات المقدمة تدليلا على مضمون القانون الأجنبي .

بينما يبدو لنا أن مبدأ رقابة التفسير ، يطلق حرية المحكمة في البحث عن مضمون القانون الأجنبي بالوسائل التي تراها ، ويكفل لها فحص مدى سلامة التطبيق أو التفسير الذي أخذ به قضاء الموضوع .

وبعد فان التجربة التي قادتها محكمة النقض في هدوء واتزان في السنوات القليلة الماضية لم تسفر بأي حال عن علامة من علامات الخطر التي أثارت خشية بعض الشراح .

وما دامت المحكمة قد ارتضت لنفسها هذا الدور ، فاننا نقرها عليه ونباركه . بل ونطالب بتعزيز نجاحه ، عن طريق توفير الوسائل الايجابية لتمكين القاضي من العلم بالقانون الأجنبي .

---

(١) راجع أقوال ليروبور بيجونيير أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص المشار اليها ص ١٢٧

(٢) أنظر عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ١٥٦ ص ٤٣٤ ومابعدها — كمال فهمي ص ٣٩٧ هامش ١ .

هكذا إذن يجب على قاضي الموضوع البحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه وعلى محكمة النقض أن تراقبه فى سلامة التطبيق وسلامة التفسير .

ومن أجل تحقيق قضاء عادل ، وفى سبيل تيسير مهمة القضاة يجب على الفقه أن يصرف النظر عن الطابع الفقهى للمشكلة ، وأن يبذل الجهد فى اقتراح وسائل العلم المجدية للتعرف على القانون الأجنبي .

٢٩ - بعض مقترحات لتوفير العلم بالقانون الاجنبى .

لا يكفى فى تقديرنا ترك القاضى وحده يحمل عبء إثبات القانون الأجنبي والبحث عنه بوسائله الخاصة . فمثل هذا الجهد غير مأمون العاقبة فى الوصول إلى علم صادق بقواعد هذا القانون .

ولا ينبغى أيضاً تراخى القاضى واعتماده على ما يقدم الخصوم من مستندات ووثائق إثبات ، ومن قبيل ذلك الشهادات الرسمية الصادرة عن الهيئات القنصلية والدبلوماسية . أو الفتاوى القانونية التى يقدمها المتخصصون فى القانون . اذ قد يخشى أحياناً أن تكون هذه الوثائق متأثرة بمصلحة الخصم قاصرة على ما يحقق له النفع فى النزاع المطروح أمام المحكمة .

ويزداد الأمر أهمية فى الجمهورية العربية بعد أن اتسعت صلاتها مع دول أفريقية وأسيوية حديثة النشأة .

ومن أجل هذا يبدو لنا وجوب تيسير العلم بالقوانين الأجنبية بجهد رسمى تبذله الدولة من ناحية ، وتعاون على نطاق دولى أو أقليمى من ناحية أخرى (١) .

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة تقرير رينى دافيد المقدم إلى وزارة العدل والتعليم فى فرنسا ، منشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٣ العدد الثانى ص ٣٣١ ، وبصفة خاصة ص ٣٤٦

١ – فبالنسبة لما ينبغى أن تبذله الدولة نرى أولا إنشاء مركز علمى للقوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل ، وتكون مهمته جمع كافة البيانات والمراجع عن مختلف القوانين الأجنبية ، خاصة القوانين الشائعة التطبيق . ويلحق به خبراء يختصون بتقديم المعلومات الرسمية عن القانون الأجنبى بناء على طلب القضاة أو أصحاب المصلحة .

بل وليس ثمة ما يمنع من استعارة النظام المتبع فى انجلترا ، على نحو ما قدمناه فى مطلع بحثنا ، وإلزام الخبير بالمثول أمام المحكمة واستجوابه إذا رأى القاضى ضرورة ، لتدعيم علمه ببعض المسائل الغامضة أو المجهولة .

ولعله من المفيد أيضاً تعزيز هذا المركز المتقدم بجهاز ترجمة قادر ، للقضاء على العقبات اللغوية التى تعوق أحياناً التعرف الصادق على قواعد القانون الأجنبى .

وبجانب هذا التنظيم الرسمى ، نرى أن الوقت قد حان لأن تتبنى كليات الحقوق بجامعات الجمهورية العربية المتحدة مشروع إنشاء معهد للقانون المقارن . وعلى ضوء تجربة الدول الأجنبية وخبرتها ، وباشراف نخبة متخصصة من أساتذة الجامعات ، يمكن لمثل هذا المعهد إسداء خدمات جليلة فى التعريف بالقانون الأجنبى ، سواء عن طريق البحث والتدريس وتكوين القضاة الصالحين ، أو بواسطة المؤلفات العلمية التى يتولى إصدارها .

وينبغى على مثل هذا المعهد أن يوجه عناية خاصة لدراسة القوانين العربية والإفريقية والأسيوية . ومعظمها قوانين حديثة النشأة يستعصى على القاضى العلم بها فى الكثير من الأحيان .

٢ – ومن الناحية الدولية يجب تقرير مزيد من التعاون بين الدول . ولعل أيسر الوسائل تحقيقاً ، هى عقد الاتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية ، والتى تتعهد فيها الدولة بتقديم المعلومات المطلوبة عن قانونها ، مقابل التزام الدول المتعاهدة بتلبية أى طلب فى هذا الشأن .

ويبدو لنا أيضاً فى هذا الصدد أن التآلف القانونى فى الاطار العربى ييسر عقد مثل هذه الاتفاقيات بين دول الجامعة العربية . بل إن الجامعة نفسها يجب أن تقوم بدور فعال فى تدعيم معهدها العالى للدراسات العربية ، وانشاء مركز عربى تكون مهمته تعريف كل دولة عربية بقوانين الدول العربية الأخرى بطريق رسمى .

وبعد فهذه بعض مقترحات نضعها موضع البحث والتقدير ونأمل أن تلقى اهتمام شراح القانون والعاملين فيه .

وعندئذ تتوارى العقبات العملية التى تعوق العلم بالقانون الأجنبى . وتستقيم المبادىء التى آمنا بها خلال البحث . وهى التزام القاضى بالبحث عن القانون الأجنبى وتطبيقه من تلقاء نفسه . وحق محكمة النقض فى الرقابة على تفسيره .

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة بمطبعة
جامعة الاسكندرية ، فى يوم الأربعاء ٢٨
من رجب سنة ١٣٨٤ ، الموافق
٢ من ديسمبر سنة ١٩٦٤

مدير المطبعة
محمد يوسف البساطى

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

12ème ANNÉE, 1962 — 1963
Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE
1964